

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

İŞ SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİNE BAĞLI
REKABET YASAĞI SÖZLEŞMELERİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ozan KESİM

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Murat Engin

Mayıs 2019

ÖNSÖZ

Yüksek lisans tez çalışmam boyunca bana yol gösteren ve çalışmamda önemli katkıları bulunan saygı değer hocam ve tez danışmanım Prof. Dr. Murat Engin'e ve tez savunmamda yer alan jüri üyelerine en içten şekilde teşekkürlerimi sunarım. Tez çalışmamda bol bol faydalanmış olduğum hukuk büromuzun kütüphanesini bizlere açan ve gerek meslek gerekse de akademik hayatımızda bize katkısı yadsınamayacak hocamız Dr. İsmail G. Esin'e de teşekkür borçluyum. Ayrıca Galatasaray Üniversitesi'ndeki lisans ve yüksek lisans yıllarımda kendilerinden ders alma onuruna eriştiğim Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez, Prof. Dr. Nami Barlas, Prof. Dr. Murat Develioğlu, Doç. Dr. Anlam Altay hocalarımdan her birine ayrı ayrı teşekkür borçluyum. Zira hem öğrenciliğimde hem de avukatlık mesleğimi icra ettiğim yıllarda tecrübelerinden ve bilgilerinden faydalanmama her zaman izin verdiler ve desteklerini eksik etmediler. Kendilerinden çok şey öğrendim ve halen de öğrenmekteyim. Hayatımın her aşamasında ve her anında manevi desteğini her zaman yanımda hissettiğim annem ve babama da bu vesileyle teşekkür ederim. Tez yazım sürecinde dilbilgisi ve birikimiyle bana destek olan, kaynak bulmamda ve araştırmalarımdayardımlarını esirgemeyen sevgilim Meltem'e de ne kadar teşekkür etsem azdır. Faydalı bir çalışma olduğunu umarım.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	viii
RESUME	ix
ABSTRACT.....	xvii
ÖZET	xxiv
GİRİŞ	1

BÖLÜM 1: GENEL OLARAK REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ, REKABET YASAĞI İLE KORUNAN VE ÇATIŞAN MENFAATLER..... 4

I. REKABET KAVRAMI VE REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	4
A. Genel olarak	4
B. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	7
C. Rekabet Etmeme Borcunun Özellikleri.....	8
1. Yapmama Edimi Olması	8
2. Kişisel Edim Olması	9
3. Sürekli Edim Olması	10
D. Rekabet Yasağı Sözleşmesi ile Esas İş Sözleşmesi Arasındaki İlişki.....	11
E. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin İçeriği	13
1. Rekabet Edebilme ve Rakip İşletme	14
2. İçerik Kapsamındaki Faaliyetler	16
a. Kendi Hesabına Rakip İşletme Açmak	17
b. Başka Bir Rakip İşletmede Çalışmak.....	18

c. Rakip İşletmeyle Başka Türden Bir Menfaat İlişkisi İçinde Bulunmak	18
F. Sır Saklama Sözleşmesi ile Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Karşılaştırılması	19
1. Genel Olarak Sır Saklama Sözleşmesi	19
2. Sır Saklama Sözleşmesi ile Rekabet Yasağı Sözleşmesi Arasındaki Benzerlikler ve Farklılıklar	20
II. REKABET YASAĞI İLE KORUNAN VE ÇATIŞAN MENFAATLER ...	22
A. İşverenin Korunan Hukuki Menfaati	22
B. Rekabet Yasağı ile Çatışan Menfaatler	26
1. Bireysel Menfaat: İşçinin Çalışma ve Sözleşme Özgürlüğü	26
2. Toplumsal Menfaat: Serbest Piyasa Ekonomisi, Ekonomik Büyüme ve İnovasyonlar	32
C. Rekabet Yasağı Düzenlemeleriyle Bireysel ve Toplumsal Menfaatin Korunması	36
1. Rekabet Yasağı Sözleşmelerinin Anayasal Çalışma ve Sözleşme Özgürlüğü Bağlamında Değerlendirilmesi	36
2. İş hukukunun Amaçları Doğrultusunda Rekabet Yasağı Sözleşmelerinin Yasaklanması veya Sınırlandırılması	39
3. İşverenin Karşı Edim Üstlenmesi Zorunluluğu	42

BÖLÜM 2: TÜRK BORÇLAR KANUNU UYARINCA REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN KOŞULLARI VE SINIRLARI..... 46

I. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN KOŞULLARI	46
A. Sözleşmede Yazılılık Şartı	46
B. İşveren Bakımından Koşullar	50
1. İşverenin Haklı Menfaatinin Bulunması	51
a. Üretim Sırları ve İşverenin İşleri Hakkında Bilgiye Erişim	52

b. Müşteri Çevresine Erişim.....	54
2. İşverenin Önemli Zarara Uğraması İhtimali	58
C. İşçi Bakımından Koşullar.....	60
II. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN SINIRLARI	61
A. İşçinin Ekonomik Geleceğinin Hakkaniyete Aykırı Olarak Tehlikeye Düşmemesi	62
B. Süre Bakımından Sınırlama	63
C. Yer Bakımından Sınırlama.....	66
D. Konu Bakımından Sınırlama	71
III. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN SINIRLAMALARA AYKIRILIĞI VE HAKİMİN MÜDAHALESİ	74
A. Genel Olarak	74
B. Koşulları	76
1. Rekabet yasağının aşırı olması.....	76
2. İşçinin talebi	77
C. Hakimin Takdir Yetkisi ve Sınırları.....	78
D. Hâkimin Kararının Hukuki Niteliği	82

BÖLÜM 3: REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN İHLALİ VE SONA ERMESİ..... 84

I. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN İHLALİ HALİNDE YAPTIRIMLAR.....	84
A. Rekabet Etmeme Borcunun İşçi Tarafından İhlali	84
1. Genel Olarak	84
2. İşverenin Zararının Tazmin Edilmesi.....	85
3. Ceza Koşulu Ödenmesi	87
a. Rekabet yasağı sözleşmesinde ceza koşulunun işlevleri.....	87

b. Borçlar hukukunda ceza koşulu	88
c. İş hukukunda ceza koşulu	91
d. Rekabet yasağı sözleşmesinde ceza koşulu.....	92
e. Rekabet yasağı sözleşmesinde ceza koşulunun indirilmesi	93
4. İşçinin Rekabet Yasağına Aykırı Davranışının Sona Erdirilmesi (Aynen İfa)	100
a. Genel olarak	100
b. Koşulları	101
c. Aynen İfa Talebinin Kullanılması (Dava Süreci)	103
d. Mahkeme İlamının İcrası	105
e. İhtiyati Tedbir.....	107
5. Rekabet Yasağına Aykırılık Halinde Karşı Edimin Akıbeti	112
a. İşçinin karşı edim hakkını yitirmesi.....	112
b. İşverenin rekabet yasağı sözleşmesini fesih hakkı.....	113
B. İşverenin Karşı Edim Borcunu İhlal Etmesi	115
1. Eda (Alacak) Davası ve İlamsız İcra Takibi	115
2. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Feshi.....	117
C. İhlal Halinde Görevli Mahkeme Sorunsalı.....	118
D. Dava Şartı Olarak Arabuluculuk	121
II. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ.....	127
A. Genel Sona Erme Sebepleri.....	127
1. Tarafların iradi olarak sona erdirmesi	127
2. Rekabet yasağı süresinin sona ermesi	128
3. İşçinin ölümü.....	129
B. Özel sona erme sebepleri.....	129
1. İşverenin Korunmaya Değer Bir Menfaatinin Kalmaması	129

2. İş akdinin işveren tarafından haklı neden olmadan feshi	130
3. İş akdinin işçi tarafından işverenden kaynaklanan bir nedenle feshi	134
C. İşyeri Devrinin Sözleşmeye Etkisi	137
1. İş Sözleşmesi Yürürlükte İken İşyeri Devri	137
2. İş Sözleşmesi Sona Erdikten Sonra İşyeri Devri.....	138
D. Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Halinde (TTK m. 178) İşçinin İtirazının Etkisi	139
SONUÇ	143
KAYNAKÇA.....	148
ÖZGEÇMİŞ	156

KISALTMALAR

bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
E.	: Esas
dn.	: dipnot
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	: 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUAK Yönetmeliği	: 2 Haziran 2018 tarihli Resmi Gazetede Yayınlanan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği
ibid.	: ibidem
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu
İş Kanunu	: 4857 sayılı İş Kanunu
İş Mahkemeleri Kanunu	: 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu
K.	: Karar
m.	: madde
Mehaz İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
Mülga BK	: Mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanun
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı

RESUME

Dans notre étude, nous examinons les accords de non-concurrence qui interdisent au salarié de concurrencer son ancien employeur après la fin de sa relation de travail. Notre étude couvre non seulement l'application des accords de non-concurrence dans le cadre de la législation turque, mais également leur application dans les pays étrangers. À cet égard, nous avons bénéficié de la doctrine du droit turc et de décisions de justice. Nous avons également évoqué dans notre étude les recherches et les évaluations réalisées en droit comparé.

Conformément à l'article 48 de la Constitution, toute personne a la liberté de travailler et de contracter et d'établir des entreprises privées dans le domaine de son choix. En principe, il existe, d'une part, une liberté de concurrence entre le salarié et l'employeur après la fin de la relation de travail. La relation de travail entre l'employé et l'employeur peut, d'autre part, permettre à l'employé d'accéder aux informations commerciales relatives à l'entreprise de l'employeur et de les utiliser. Si le salarié utilise ces informations au sein d'une autre entreprise concurrente et entre en concurrence avec son ancien employeur après la résiliation du contrat de travail, les intérêts économiques de l'ancien employeur pourraient en souffrir. Pour éviter cela, l'employé et l'employeur peuvent décider, en signant un contrat de non-concurrence ou en ajoutant une clause de non-concurrence au contrat de travail, que l'employé ne fera pas concurrence à l'employeur après la résiliation du contrat de travail. Dans la législation turque, les accords de non-concurrence sont régis par les articles 444 à 447 du Code turc des obligations.

Dans la première partie de notre étude, une évaluation générale a été réalisée concernant le concept de concurrence et la nature juridique des accords de non-concurrence. Nous avons également mis l'accent sur les intérêts économiques de l'employeur protégés par la non-concurrence, ainsi que sur les intérêts individuels et sociaux en conflit avec ceux-ci.

La liberté des parties de conclure un accord de non-concurrence est limitée conformément à l'article 26 du Code turc des obligations. Un accord de non-concurrence peut être conclu conformément aux conditions et restrictions prévues aux articles 444 à 447 du Code turc des obligations. Si les parties concluent un accord de non-concurrence après la résiliation du contrat de travail, le présent contrat ne sera pas soumis aux articles 444 à 447 du Code turc des obligations. Conformément au Code turc des obligations, un accord de non-concurrence, dont la validité n'est pas soumise à l'engagement de l'employeur, est un contrat unilatéral qui fait naître d'obligations à la charge d'une partie. Dans ce cas, la volonté unilatérale de l'employé de conclure un accord suffit pour établir le contrat. Toutefois, si l'employeur contracte une obligation dans le cadre d'un accord de non-concurrence, ce contrat deviendra alors un contrat bilatéral (*synallagmatique*). Dans ce cas, la signature de l'employeur est également requise, en règle générale, pour l'établissement du contrat, mais cette exigence peut être ignorée s'il est en faveur de l'employé.

L'obligation de non-concurrence de l'employé est une obligation typique de ne pas faire (*non-facere*), un acte personnel qui dépend de l'employé et une action continue prolongée dans le temps. En règle générale, la validité d'un contrat de non-concurrence est subordonnée à un contrat de travail valablement établi. Cependant, en particulier dans les cas où l'employeur a contracté une obligation dans le cadre de l'accord de non-concurrence, une approche favorable aux employés devrait être adoptée. Et il devrait être possible de considérer le contrat de non-concurrence comme valide en fonction des circonstances de l'événement.

L'article 444 du Code turc des obligations assure que le travailleur peut s'engager à ne pas créer une entreprise pour son compte, à ne pas travailler dans une entreprise concurrente ou à ne pas s'engager dans une relation d'intérêt avec un concurrent dans le cadre du contrat de non-concurrence. Les actions interdites ne sont pas réglementées sur une base *numerus clausus* et les parties peuvent interdire toute action susceptible de constituer une concurrence. À ce stade, il est crucial de ne pas créer deux entreprises rivales en concurrence. Pour déterminer si deux entreprises sont rivales, il convient

d'observer quels sont les secteurs d'activité réels des entreprises et si leurs groupes de clients cibles se chevauchent.

Un accord de non-divulgence signé avec l'employé peut également aider à protéger les secrets commerciaux de l'employeur après la cessation de la relation de travail. En principe, les accords de non-divulgence ne sont pas soumis aux articles 444 à 447 du Code turc des obligations. Toutefois, si un accord de non-divulgence a l'intention de contourner les dispositions relatives aux contrats de non-concurrence, cela ne devrait pas être autorisé, ces dispositions et restrictions devraient s'appliquer à ces accords de non-divulgence.

La protection des actifs incorporels de l'employeur liés à son entreprise, tels que le savoir-faire et la bonne volonté, est très importante pour l'employeur. À cet égard, il convient de reconnaître que l'employeur a un intérêt légitime à conclure un contrat de non-concurrence. Cependant, l'accord de non-concurrence restreint la liberté de travail de l'employé garantie dans la Constitution. De plus, la volonté de l'employé de signer un accord de non-concurrence est *de facto* limitée en raison de la dépendance économique et de la faiblesse de l'employé. En d'autres termes, l'employé n'a pas de pouvoir réel de négociation et les employeurs lui imposent des accords de non-concurrence. Par conséquent, les accords de non-concurrence sont en conflit avec les intérêts individuels de l'employé. Outre ces effets négatifs sur les intérêts individuels des employés, les accords de non-concurrence ont des effets négatifs sur les intérêts sociaux en limitant la concurrence sur le marché libre. Les accords de non-concurrence empêchent les employés d'obtenir un salaire à la valeur marchande réelle, limitent l'esprit d'entreprise, constituent un obstacle pour le développement d'autres entreprises et perturbent la croissance économique et les innovations.

Même si l'opinion sur la non-conformité des accords de non-concurrence à la Constitution n'est généralement pas acceptée, la validité des accords de non-concurrence est limitée par la loi en termes de territoire, de durée et de sujet afin de protéger les intérêts individuels et sociaux conformes aux objectifs de la législation du travail. Ainsi, cela empêche de déterminer une obligation de non-concurrence plus large que nécessaire pour protéger les intérêts économiques de l'employeur. En droit

turc, le respect des accords de non-concurrence est également limité en termes de territoire, de durée et d'objet, et la conformité des accords de non-concurrence avec ces restrictions est soumise au contrôle *ex-post* des tribunaux. Toutefois, selon le Code turc des obligations, l'employeur n'est tenu de souscrire à aucune obligation dans le contrat de non-concurrence. En droit comparé, la méthode la plus importante et la plus efficace pour la protection des intérêts individuels du salarié est de lier la validité d'un accord de non-concurrence à l'obligation qui incombe à l'employeur. Il convient de noter que la convention de non-concurrence est un contrat qui protège uniquement les intérêts de l'employeur et restreint la liberté de travail de l'employé découlant de la constitution. Il n'y a pas de véritable négociation de contrat entre les parties en raison du déséquilibre de pouvoir entre l'employé et l'employeur. Il est illogique d'accepter que l'employé accepte volontairement d'être lié par un accord de non-concurrence sans s'attendre à aucune compensation. Par conséquent, la validité d'un accord de non-concurrence devrait être liée à l'existence d'une obligation de l'employeur dans le cadre de la législation turque.

Dans la deuxième partie de notre étude, nous avons examiné les conditions dans lesquelles un accord de non-concurrence peut être conclu conformément à la loi turque, les restrictions aux accords de non-concurrence en termes de territoire, de durée et de sujet, ainsi que l'intervention du juge au contrat.

Conformément à l'article 444 du Code turc des obligations, le contrat de non-concurrence n'est valable que s'il est conclu par écrit. Il n'est pas possible de conclure un accord de non-concurrence via des conditions générales d'emploi. En outre, l'accord de non-concurrence ne sera contraignant pour l'employé que si celui-ci a la possibilité d'accéder au portefeuille du client ou aux secrets de l'entreprise ou de la production de l'employeur pendant la relation de travail. Cependant, il n'est pas nécessaire que l'employé ait réellement accès au portefeuille du client ou aux secrets de l'entreprise ou de la production. En outre, dans tous les cas, il devrait être probable que l'utilisation de ces informations par les sociétés rivales, auxquelles le salarié peut accéder, causera des dommages importants à l'employeur. Il n'est pas nécessaire que l'employeur ait réellement subi une perte. L'employé qui accepte de conclure l'accord de non-concurrence doit avoir une capacité judiciaire.

Afin de garantir que l'avenir économique du travailleur ne soit pas menacé, conformément à l'article 445 du Code turc des obligations, le champ d'application de l'obligation de non-concurrence devrait être limité en termes de durée, de territoire et d'objet. L'article 445 du Code turc des obligations assure que la durée de l'obligation de non-concurrence peut aller jusqu'à deux ans, sauf circonstances et conditions particulières. Outre les intérêts protégés de l'employeur, la situation de l'employé et d'autres facteurs liés à l'obligation de non-concurrence doivent être considérés dans leur ensemble pour déterminer la durée de l'obligation de non-concurrence. Lors de la détermination du territoire de l'obligation de non-concurrence, la zone d'activité réelle de l'employeur et la zone pouvant protéger le portefeuille de clients existant doivent être prises en compte. S'agissant de l'objet de l'obligation de non-concurrence, la limitation devrait être faite en prenant en considération les activités de l'employé directement associées aux travaux qu'il a effectués sur le lieu de travail de l'employeur. En l'absence de limitation en termes de durée, de territoire et de sujet, l'accord de non-concurrence doit être considéré comme non valide. Si de telles limitations existent mais que leur portée est excessive, le juge devrait intervenir dans l'accord et limiter la portée de la non-concurrence. L'intervention et la discrétion du juge se limitent à la réduction de ces restrictions excessives. La décision du juge dans cette direction est une décision constructive.

Dans la troisième partie de notre étude, les conséquences juridiques de la violation de l'accord de non-concurrence par l'employé ou l'employeur sont séparément expliquées. En outre, nous avons évalué quelles seraient les demandes des parties et comment elles pourraient être utilisées en cas de telles violations. Enfin, nous avons expliqué les situations qui mettent fin aux accords de non-concurrence.

Dans le cadre de l'article 446 du Code turc des obligations, le travailleur est tenu d'indemniser les dommages subis par l'employeur s'il viole l'accord de non-concurrence. L'employeur peut réclamer une indemnisation en prouvant le manquement de l'employé à l'obligation de non-concurrence, les dommages qu'il a subis et l'existence d'un lien de causalité approprié entre le manquement du salarié et ses dommages. Dans ce cas, l'employeur aura le droit de réclamer ses pertes réelles.

La responsabilité de l'employé est une responsabilité fautive. Conformément à l'article 112 du Code turc des obligations, il sera présumé que le travailleur est en faute. En conséquence, le salarié peut être dégagé de sa responsabilité en prouvant qu'aucune faute ne peut lui être imputée en raison d'un manquement à l'obligation de non-concurrence.

Le manquement du salarié à son obligation de non-concurrence peut être soumis à une clause de pénalité. Dans ce cas, la clause pénale peut être remplacée par l'obligation de non-concurrence, conformément à l'article 446 du Code turc des obligations, et le salarié peut s'abstenir de s'acquitter de l'obligation de non-concurrence en payant le montant de la pénalité. Cependant, les parties peuvent en décider autrement. Le paiement du montant de la pénalité est indépendant de l'existence de la perte de l'employeur et de la faute de l'employé en cas de non-respect de l'obligation. Toutefois, si les dommages-intérêts de l'employeur dépassent le montant de la pénalité, il doit prouver l'existence de ces dommages et la faute de l'employé pour pouvoir demander une indemnisation pour les dommages excédentaires. Si le montant de la pénalité est excessif, le juge peut utiliser un pouvoir discrétionnaire pour réduire le montant de la pénalité conformément à l'article 182 du Code turc des obligations.

L'employeur peut demander la cessation de la violation de l'obligation de non-concurrence par le salarié sous deux conditions. Premièrement, les parties doivent avoir explicitement convenu par écrit que l'employeur peut demander la cessation du comportement de l'employé enfreignant l'obligation de non-concurrence. Deuxièmement, le manquement de l'employé à l'obligation de non-concurrence devrait être à un niveau pouvant entraîner une perte importante pour l'employeur et le comportement de l'employé doit créer un manquement grave. À cet égard, la demande de l'employeur de mettre fin au comportement de l'employé en violation de l'obligation de non-concurrence est une demande exceptionnelle et peut être exercée en dernier recours.

L'employeur peut demander le montant de la pénalité et les demandes d'indemnisation, qui sont des créances pécuniaires, via une procédure d'exécution.

Demander à l'employé de s'acquitter de son obligation de non-concurrence n'est possible qu'en déposant une plainte. Il est également possible pour l'employeur de demander une injonction provisoire au tribunal avant de déposer une action en justice ou pendant le dépôt d'une action ; le tribunal peut alors établir une injonction provisoire pour mettre fin au comportement de l'employé enfreignant l'obligation de non-concurrence.

Si l'employeur a promis de payer une contrepartie à l'employé et que celui-ci a violé l'obligation de non-concurrence, il peut s'abstenir de s'acquitter de son obligation de payer conformément à l'article 97 du Code turc des obligations ou peut résilier le contrat conformément à l'article 126 du Code turc des obligations. Si l'employeur manque à son obligation de payer, il est admis que le salarié ne peut s'abstenir de s'acquitter de l'obligation de non-concurrence. Dans ce cas, l'employé peut engager une procédure d'exécution ou intenter une action en justice pour obtenir une indemnisation. En outre, l'employé aura le droit de résilier le contrat conformément à l'article 123 du Code turc des obligations.

Conformément aux articles 4 et 5 du Code turc de commerce, les litiges découlant des accords de non-concurrence régis par les articles 444 à 447 du Code turc des obligations seront entendus par les tribunaux de commerce. Dans les litiges commerciaux découlant d'accords de non-concurrence et dans lesquels le litige est une réclamation pécuniaire, il est obligatoire de faire appel au médiateur conformément à l'article 5 / A du Code turc de commerce avant le dépôt du procès.

L'entente de non-concurrence prend fin avec l'accord des parties, l'expiration du délai de non-concurrence ou le décès de l'employé. En outre, l'accord de non-concurrence sera en soi résilié si l'employeur ne bénéficie d'aucun avantage réel dans le maintien de l'obligation de non-concurrence en vertu de l'article 447 du Code turc des obligations. Si l'employeur résilie le contrat de travail du salarié pour des motifs valables fondés sur l'article 25 du Code du travail ou pour des motifs valables du fait de l'incapacité et de la faute du salarié fondées sur l'article 18, le contrat de non-concurrence continuera à perdurer. Si le contrat de travail est résilié par le salarié pour un motif valable, conformément à l'article 24 du Code du travail ou à l'article 435 du

Code turc des obligations, le contrat de non-concurrence est résilié. Si l'entreprise de l'employeur est transférée conformément à l'article 6 du Code du travail, l'accord de non-concurrence restera en vigueur entre l'employeur cessionnaire et l'employé. Toutefois, en cas de fusions, divisions ou conversions conduites conformément au Code turc de commerce, il devrait être considéré que le contrat de non-concurrence sera résilié lorsque le salarié aura exercé son droit d'opposition conformément à l'article 178 du Code turc de commerce.



ABSTRACT

In our study, we examine non-compete agreements which prohibit the employee from competing with the employee's former employer following the end of employment relationship. Our study covers not only the enforcement of non-compete agreements under Turkish laws but also their enforcement in foreign countries. In this regard, we benefited from the Turkish law doctrine and judicial decisions. We also referred in our study to the researches and evaluations made in comparative law.

As per Article 48 of the Constitution, everyone has the freedom to work and contract and establish private enterprises in the field of his choice. In principle, there is freedom of competition between the employee and the employer after the termination of the employment relationship. On the other hand, the employment relationship between the employee and the employer can allow the employee to access and use the business information related to the employer's enterprise. If the employee uses this information within another rival enterprise and competes with the former employer after the termination of the employment contract, this may adversely affect the economic interests of the employer. In order to prevent this, it is possible for the employee and the employer to decide by signing a non-compete agreement or by adding a non-compete clause to the employment contract that the employee will not compete with the employer after the termination of the employment relationship. In Turkish laws, non-compete agreements are regulated under Article 444 to 447 of the Turkish Code of Obligations.

In the First Section of our study, a general evaluation was made regarding the concept of competition and non-compete agreement's legal nature. In addition, we focused on the economic interest of the employer who is protected by non-compete as well as the individual and social interests that conflict with it.

The parties' freedom to enter into a non-compete agreement is restricted as per Article 26 of the Turkish Code of Obligations. A non-compete agreement can be made as per the conditions and restrictions provided under Article 444 to 447 of the Turkish Code of Obligations. If the parties make a non-compete agreement after the termination of the employment contract, this agreement shall not be subject to Article 444 to 447 of the Turkish Code of Obligations. As per the Turkish Code of Obligations, it is not mandatory for the employer to undertake any obligation for the validity of the non-compete agreement so that a non-compete agreement is a unilateral contract that imposes debt on one party. In this case, the employee's unilateral will to enter into agreement is sufficient for the establishment of the contract. However, if the employer undertakes an obligation under the non-compete agreement, then it will become a bilateral (synallagmatic) contract. In this case, the employer's signature is also required for the establishment of the contract as a rule but this requirement can be ignored if it is in the employee's favor.

The employee's non-compete obligation is a typical not to do (*non facere*) obligation, a personal act that is dependent on the employee, and a continuous action extended over time. As a rule, the validity of a non-compete agreement is subject to an employment contract that has been validly established. However, especially in cases where the employer has undertaken an obligation under the non-compete agreement, a pro-employee approach should be embraced and it should be possible to deem the non-compete agreement valid according to the circumstances of the concrete event.

Article 444 of the Turkish Code of Obligations provides that the employee can undertake not to establish an enterprise on his behalf, not to work in a rival enterprise or to avoid engaging in a relationship of interest with a competitor in the scope of the non-compete agreement. The prohibited actions are not regulated on a *numerus clausus* basis and the parties may prohibit any action which may constitute competition. At this point, it is crucial not to create two rival enterprise competing against each other. To determine whether two enterprises are rival, it should be observed what the actual activity areas of the enterprises are and whether their target customer groups overlap.

A non-disclosure agreement signed with the employee may also help to protect the employer's trade secrets after the termination of the employment relationship. In principle, non-disclosure agreements are not subject to Article 444 to 447 of Turkish Code of Obligations. However, if a non-disclosure agreement intends to circumvent the provisions regarding the non-compete agreements, this should not be allowed and these provisions and restrictions should apply to such non-disclosure agreements.

The protection of the employer's intangible assets related to the employer's enterprise, such as *know-how* and *good-will*, is very important for the employer. In this regard, it should be accepted that the employer has a legitimate interest in entering into a non-compete agreement. However, the non-compete agreement restricts the employee's freedom of work guaranteed in the constitution. Moreover, the employee's will to sign a non-compete agreement is *de facto* limited due to the employee's economic dependence and weakness. That is to say, the employee does not have an actual bargaining power and the employers impose non-competition agreements on the employees. Therefore, the non-compete agreements are in great conflict with the individual interests of the employee. Besides such negative effects on the individual interests of the employees, non-compete agreements have a negative impact on social interests as they limit the competition in the free market. Non-compete agreements prevent employees from obtaining a salary at the real market value, limit entrepreneurship, constitute an obstacle for the development of other enterprises, and disrupt economic growth and innovations.

Even though the opinion on the non-compete agreements' non-conformity to the constitution is not generally accepted, the validity of the non-compete agreements is restricted by laws in terms of the territory, duration and subject in order to protect the individual and social interests in line with the goals of the labor laws. Thus, it prevents to determine a non-compete obligation which is broader than necessary to protect the employer's economic interests. In Turkish law, the enforcement of non-compete agreements is also restricted in terms of the territory, duration and subject, and the compliance of non-compete agreements with these restrictions is subject to the *ex-post* control of the courts. However, according to the Turkish Code of Obligations, it is not mandatory for the employer to undertake any obligation in the non-compete

agreement. In comparative law, the most important and effective method for the protection of the individual interests of the employee is to tie the validity of a non-compete agreement with the obligation to be undertaken by the employer. It should be observed that the non-compete agreement is a contract that protects the interests of the employer only and restricts the employee's freedom of work arising from the constitution. There is no real contract negotiation between the parties due to the obvious imbalance of power between the employee and the employer. It is illogical to accept that the employee voluntarily accepts to be bound with a non-compete agreement without expecting any compensation. Therefore, the validity of a non-compete agreement should be tied with the existence of the employer's obligation under Turkish laws.

In the Second Section of our study, we examined under which conditions a non-compete agreement can be made as per the Turkish law, the restrictions on non-compete agreements in terms of the territory, duration and subject and the judge's intervention to the contract.

In accordance with Article 444 of Turkish Code of Obligations, the non-compete agreement is valid only if it is made in writing. It is not possible to make a non-compete agreement via general employment terms. In addition, the non-compete agreement will be binding for the employee only if the employee has the opportunity to access to the client portfolio or the business or production secrets of the employer during the employment relationship. However, it is not necessary that the employee actually access to the client portfolio or business or production secrets. Moreover, in any case, it should be likely that the use of such information by the rival companies, which the employee can access to, will cause significant damage to the employer. It is not necessary that the employer has actually suffered a loss. The employee who accepts to enter into the non-compete agreement must have a judicial capacity.

In order to ensure that the economic future of the employee is not endangered, According to Article 445 of Turkish Code of Obligations, the scope of the non-compete obligation should be limited in terms of duration, territory and subject. Article 445 of Turkish Code of Obligations provides that the duration of the non-compete

obligation can be up to 2 years except for special circumstances and conditions. In addition to the protected interests of the employer, the situation of the employee and other factors related to the non-compete obligation should be considered as a whole in determining the duration of the non-compete obligation. While determining the territory of the non-compete obligation, the actual activity area of the employer and the area which can protect the existing client portfolio should be taken into consideration. Regarding the subject of the non-compete obligation, the limitation should be made by taking into consideration the employee's activities directly associated to the works that the employee performed at the employer's workplace. In the absence of limitation in terms of duration, territory and subject, the non-compete agreement should be deemed invalid. If there are such limitations but their scope is excessive, the judge should intervene to the agreement and narrow-down the scope of non-competition. The intervention and discretion of the judge is limited to the narrowing down of such excessive restrictions. The decision of the judge in this direction is a constructive decision.

In the Third Section of our study, the legal consequences of the violation of the non-compete agreement by the employee or the employer are separately explained. In addition, we evaluated what would be the demands of the parties and how they could be used in case of such violations. Finally, we explained the situations that terminate non-compete agreements.

Pursuant to Article 446 of Turkish Code of Obligations, the employee has an obligation to compensate the employer's damages if he violates the non-compete agreement. The employer may claim compensation by proving that the employee's breach of non-compete obligation, the damages he suffered and that there is an appropriate causal link between the employee's breach and his damages. In this case, the employer will be entitled to claim his actual losses. The employee's liability is a fault liability. As per Article 112 of Turkish Code of Obligations, it will be presumed that the employee has fault in breach. As a result, the employee can be relieved of his liability by proving that no fault can be attributable on him related to the breach of non-compete obligation.

The employee's breach of non-compete obligation may be subject to a penalty clause. In this case, the penalty clause can be replaced with the non-compete obligation as per Article 446 of Turkish Code of Obligations in principle and the employee can refrain from performing non-compete obligation by paying the penalty amount. However, the parties can decide otherwise. The payment of the penalty amount is independent from the existence of the employer's loss and the employee's fault in the breach of obligation. However, if the employer's damages exceed the penalty amount, he must prove the existence of such damage and the employee's fault in order to request compensation for such exceeding damages. If the penalty amount is excessive, the judge may use a discretionary authority to reduce the penalty amount as per Article 182 of Turkish Code of Obligations.

The employer can request the cease of the employee's breach of non-compete obligation under two conditions. First, the parties must have explicitly agreed in writing that the employer can request the cease of the employee's behavior breaching non-compete obligation. Second, the employee's breach of non-compete obligation should be at a level that can cause a significant loss on the employer and the employee's behavior must create a serious breach. In this respect, the employer's demand for the cease of the employee's behavior breaching non-compete obligation is an exceptional request and can be exercised as a last resort.

The employer can demand the penalty amount and the compensation requests, which are monetary claims, via execution proceeding. Demanding the employee to perform non-compete obligation is only possible by filing a lawsuit. It is also possible for the employer to request an interim injunction from the court before filing a lawsuit or while filing a lawsuit and then the court can establish an interim injunction to cease the employee's behavior breaching non-compete obligation.

If the employer promised to pay a consideration to the employee and the employee breached the non-compete obligation, the employer can refrain from performing its obligation to pay as per Article 97 of Turkish Code of Obligations or may terminate the contract as per Article 126 of Turkish Code of Obligations. If the employer breaches his obligation to pay, it is accepted that the employee cannot refrain

from performing the non-compete obligation. In this case, it is possible for the employee to initiate an enforcement proceeding or file a lawsuit for compensation. Also, the employee will be entitled to terminate the agreement as per Article 123 of Turkish Code of Obligations.

Pursuant to Articles 4 and 5 of the Turkish Commercial Code, the disputes arising from the non-compete agreements regulated under Articles 444 to 447 of Turkish Code of Obligations will be heard by commercial courts. In commercial lawsuits arising from the non-compete agreements and where the dispute is a monetary claim, it is mandatory to apply to the mediator as per Article 5/A of the Turkish Commercial Code before filing the lawsuit.

Non-compete agreement ends with the agreement of the parties, the expiry of non-compete period or the employee's decease. In addition, the non-compete agreement will *per se* terminate if the employer has no actual benefit in the continuation of non-compete obligation pursuant to Article 447 of Turkish Code of Obligations. If the employee's employment agreement is terminated by the employer for just cause based on Article 25 of Labor Code or for valid reason due to the employee's incapacity and misconduct based on Article 18, the non-compete agreement will continue to survive. If the employment agreement is terminated by the employee for just cause based on Article 24 of Labor Code or Article 435 of Turkish Code of Obligations, the non-compete agreement will be terminated. If the employer's business is transferred as per Article 6 of the Labor Code, the non-compete agreement will remain in effect between the transferee employer and the employee. However, in case of mergers, divisions or conversions conducted as per Turkish Commercial Code, it should be deemed that the non-compete agreement will be terminated once the employee have exercised his objection right as per Article 178 of the Turkish Commercial Code.

ÖZET

Çalışmamızda iş ilişkisinin sona ermesini takiben işçinin, işvereni ile rekabet etmesini yasaklayan rekabet yasağı sözleşmeleri ele alınmaktadır. Rekabet yasağı sözleşmelerinin salt Türk hukukundaki uygulaması değil, yabancı ülkelerdeki uygulaması da çalışmamızın kapsamı içerisindedir. Bu bağlamda, Türk hukuk öğretisinden ve yargı kararlarından faydalanılmıştır. Ayrıca karşılaştırmalı hukukta yer alan araştırma ve değerlendirmelere de çalışmamız kapsamında değinilmiştir.

Anayasa m. 48 uyarınca herkes çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olup, dilediği çalışma alanında özel teşebbüsler kurabilir. İş ilişkisinin sona ermesinden sonra da kural olarak işçi ile işveren arasında da rekabet serbestisi bulunmaktadır. Öte yandan, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisi, işçinin işletmeye ait ticari bilgilere erişmesine ve bunları kullanmasına olanak sağlayabilmektedir. İşçinin, iş akdinin sona ermesini takiben bu bilgileri başka bir rakip işletme bünyesinde kullanması ve eski işvereniyle rekabet etmesi ise işverenin ekonomik menfaatini olumsuz etkileyebilecektir. Bunu önlemek adına, işçi ile işverenin bir rekabet yasağı sözleşmesi imzalayarak veya iş sözleşmesine bir rekabet yasağı kaydı ekleyerek, iş ilişkisinin sona ermesini takiben işçinin işveren ile rekabet etmemesini kararlaştırmaları mümkündür. Türk hukukunda rekabet yasağı sözleşmesi TBK m. 444 ila 447 hükümleri ile düzenleme altına alınmıştır.

Çalışmamızın Birinci Bölüm'ünde, öncelikle rekabet kavramı ve rekabet yasağı sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında genel bir değerlendirme yapılmıştır. Ayrıca rekabet yasağı ile koruma altına alınan işverenin ekonomik menfaati ve bununla çatışan bireysel ve toplumsal menfaatler üzerinde de durulmuştur.

TBK m. 26 uyarınca tarafların rekabet yasağı sözleşmesi yapma özgürlüğü kanun ile sınırlandırılmıştır. Rekabet yasağı sözleşmesi TBK m. 444 ila 447'de öngörülen koşullara ve sınırlamalara tabi olarak yapılabilir. Taraflar, iş sözleşmesinin

sona ermesinden sonra rekabet yasağı sözleşmesi yaparlarsa, bu sözleşme TBK m. 444 ila 447 hükümlerine tabi olmayacaktır. TBK uyarınca, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği bakımından işverenin karşı edim üstlenmesi zorunlu olmadığından, rekabet yasağı sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu durumda işçinin tek taraflı iradesi sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Ancak işverenin karşı edim üstlenmesi halinde rekabet yasağı sözleşmesi tam iki taraflı (*sinelagmatik*) bir sözleşme haline gelecektir. Bu durumda, sözleşmenin kurulması için kural olarak işverenin rızası gerekse de işçinin lehine olacaksa işverenin imzası şart görülmemektedir.

İşçinin rekabet etmeme borcu, tipik bir yapmama borcudur, işçinin şahsına bağlı bir kişisel edimdir ve zamana yayılan sürekli bir edimdir. Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği kural olarak, iş akdinin geçerli olarak kurulmuş olmasına bağlıdır. Ancak özellikle işverenin karşı edim üstlendiği hallerde, işçi lehine bir yaklaşım benimsenmeli ve somut olayın şartlarına göre rekabet yasağının geçerli olduğu yönünde takdir yetkisinin kullanılması mümkün olabilmelidir.

TBK m. 444'te rekabet yasağı sözleşmesinin içeriğinde işçinin kendi hesabına işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan, rakip bir işletme ile menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı üstlenebileceği belirtilmektedir. Söz konusu yasak eylemler bunlar sınırlı değildir ve taraflar rekabet oluşturabilecek her türlü durumu yasaklayabilir. Bu noktada önemli olan iki rakip işletmenin karşı karşıya gelmemesidir. İki işletmenin rakip olup olmadığının tespitinde işletmelerin fiili faaliyet alanlarının ve hedef müşteri kitlesinin örtüşüp örtüşmediğine bakılması gerekmektedir.

İşçi ile yapılacak bir sır saklama sözleşmesi de iş ilişkisinin sona ermesinin ardından işverenin ticari sırlarını koruma altına almaya yardımcı olabilecektir. Sır saklama sözleşmesi kural olarak TBK m. 444 ila 447 hükümlerine tabi olmayacaktır. Fakat sır saklama sözleşmesi ile rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin hükümlerin dolanılması amaçlanıyorsa buna izin verilmemeli ve söz konusu hükümler ve sınırlamalar sır saklama sözleşmesi açısından da uygulanmalıdır.

İşverenin işletmesine ait *know-how* ve *good-will* gibi gayri-maddi malvarlıklarının korunması, işveren açısından çok büyük önem arz etmektedir. Bu bağlamda, rekabet yasağı sözleşmesinin kararlaştırılmasında işverenin haklı bir menfaati olduğu kabul edilmelidir. Öte yandan, rekabet yasağı sözleşmesi işçinin, anayasa ile güvence altına alınmış olan çalışma özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Ayrıca işçinin ekonomik bağımlılığı ve zayıflığı sebebiyle rekabet yasağı sözleşmesi imzalama yönündeki iradesi *de facto* olarak sınırlıdır. Başka bir deyişle işçinin fiilen bir pazarlık gücü bulunmamaktadır ve işverenler rekabet yasağı sözleşmesini işçilere dayatmaktadır. Bundan dolayı rekabet yasağı sözleşmeleri işçinin bireysel menfaati ile büyük bir çatışma içindedir. İşçilerin bireysel menfaatleri üzerindeki olumsuz etkilerinin yanı sıra, rekabet yasağı sözleşmeleri serbest piyasadaki rekabetin sınırlandırılmasına sebep olduğundan toplumsal menfaatler açısından da olumsuz etkilere yol açmaktadır. Rekabet yasağı sözleşmeleri işçilerin piyasa değerinde ücret alabilmesini engellemekte, girişimciliğin sınırlandırılmasına yol açmakta, başka işletmelerin gelişmesi, ekonomik büyüme sağlanması ve inovasyonların geliştirilmesi gibi konularda engel teşkil etmektedir.

Rekabet yasağı sözleşmelerinin anayasaya aykırılığı yönündeki görüş yaygın bir şekilde kabul görmese de iş hukukunun amaçları doğrultusunda bireysel ve toplumsal menfaatlerin korunması adına rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerliliğinin yer, süre ve konu bakımından kanun ile sınırlandırılması söz konusudur. Böylece işverenin ekonomik menfaatinin koruma amacını aşacak şekilde bir rekabet yasağı borcu kararlaştırılmasının önüne geçilmektedir. Türk hukukunda da rekabet yasağı sözleşmelerinin uygulaması yer, zaman ve konu bakımından sınırlandırılmış ve rekabet yasağı sözleşmelerinin bu sınırlamalara uygunluğu mahkemelerin *ex-post* denetimine tabi kılınmıştır. Fakat TBK'ya göre işverenin rekabet yasağı sözleşmesinde herhangi bir karşı edim üstlenmesi şart değildir. Karşılaştırmalı hukukta işçinin bireysel menfaatinin korunması açısından en önemli ve etkili yöntem rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği için zorunlu olarak işverene bir karşı edim yüklenmesidir. Zira rekabet yasağı sözleşmesi sadece işverenin menfaatlerini koruyan bir sözleşmedir ve işçinin anayasal çalışma özgürlüğünü sınırlandırmaktadır. İşçi ve işveren arasındaki bariz güç dengesizliği sebebiyle taraflar arasında gerçek bir sözleşme müzakeresi bulunmamaktadır. İşçinin iradi olarak hiçbir karşılık beklemeden rekabet yasağı

sözleşmesi ile bağlı olmasını kabul etmek mantığa aykırıdır. Dolayısıyla, Türk hukukunda da işverenin karşı edim üstlenmesi rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği bakımından zorunlu hale getirilmelidir.

Çalışmamızın İkinci Bölüm'ünde Türk hukukunda rekabet yasağı sözleşmesinin hangi koşullar altında yapılabileceği, süre, yer ve konu bakımından tabi olduğu sınırlamalar ve hâkimin sözleşmeye müdahalesi konuları ele alınmıştır.

TBK m. 444 uyarınca rekabet yasağı sözleşmesinin yazılı olarak yapılması geçerlilik şartıdır. Genel iş koşulları ile rekabet yasağı sözleşmesinin kararlaştırılması mümkün değildir. Ayrıca rekabet yasağı sözleşmesinin bağlayıcı olabilmesi işçinin iş ilişkisi sırasında işverenin müşteri çevresine veya iş ya da üretim sırlarına nüfuz edebilme imkânına sahip olması gerekmektedir. Ancak işçinin müşteri çevresine veya iş ya da üretim sırlarına nüfuz etmiş olması şart değildir. Bununla beraber her halükarda işçinin erişme imkânına sahip olduğu bu bilgilerin rakip işletmeler tarafından kullanılmasının işverene önemli ölçüde zarar verebilecek nitelikte olması gerekir. İşverenin fiilen bir zarara uğramış olması ise şart değildir. Rekabet yasağı sözleşmesine taraf olan işçinin muhakkak fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir.

İşçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürülmemesi adına TBK m. 445 uyarınca rekabet yasağının kapsamının süre, yer ve konu bakımından sınırlandırılması şarttır. TBK m. 445 rekabet yasağının süresini, özel durum ve koşullar dışında en fazla 2 yıl olarak belirlemiştir. İşverenin korunan menfaatinin yanı sıra, işçinin durumu ve rekabet yasağına ilişkin diğer faktörler de rekabetin yasağının süresi belirlenirken bir bütün olarak ele alınmalıdır. Yer bakımından sınırlama yapılırken işverenin fiili faaliyet bölgesine giren ve mevcut müşteri çevresini koruma altına alan bir bölge belirlenmelidir. Rekabet yasağının konusu bakımından ise işçinin, işverenin işyerinde yapmakta olduğu işle doğrudan ilgili bir alan dikkate alınarak sınırlama yapılmalıdır. Süre, yer ve konu bakımından sınırlama bulunmaması halinde rekabet yasağı sözleşmesi geçersiz addedilmelidir. Bu bağlamda sınırlamalar mevcutsa fakat aşırı nitelikte bir rekabet yasağı kapsamı öngörülmüşse de hâkimin sözleşmeye müdahale ederek rekabet yasağının kapsamını

daraltması gerekmektedir. Hâkimin müdahale ve takdir yetkisi aşırı sınırlandırmaların daraltılması ile sınırlıdır. Hâkimin bu yöndeki kararı inşai nitelikte bir karardır.

Çalışmamızın Üçüncü Bölüm'ünde öncelikle rekabet yasağı sözleşmesinin işçi veya işveren tarafından ihlal edilmesinin hukuki sonuçları ayrı ayrı ele alınmıştır. Ayrıca, böyle bir ihlal halinde tarafların taleplerinin neler olabileceği ve nasıl kullanılabileceği değerlendirilmiştir. Son olarak ise rekabet yasağı sözleşmesini sona erdiren durumlar açıklanmıştır.

TBK m. 446 uyarınca işçinin rekabet yasağı sözleşmesini ihlal etmesi halinde işverenin zararını tazmin etme yükümlülüğü bulunmaktadır. İşveren, işçinin borca aykırı eylemini, uğramış olduğu zararı ve söz konusu aykırılık ile zararı arasında uygun illiyet bağı bulunduğunu ispat ederek tazmin talebinde bulunabilir. Bu durumda işveren uğramış olduğu fiili zararı isteyebilecektir. İşçinin sorumluluğu kusur sorumluluğudur. TBK m. 112 uyarınca borca aykırılık halinde işçinin kusurlu olduğu karine olarak kabul edilir. Bunun bir sonucu olarak işçi rekabet yasağı borcuna aykırılığı ile ilgili olarak kusurlu olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

İşçinin rekabet yasağına aykırı davranışı bir ceza koşuluna bağlanmış da olabilir. Bu durumda, ceza koşulu TBK m. 446 uyarınca kural olarak ifayı engelleyen ceza koşuludur ve işçi ceza koşulunu ödeyerek rekabet etmeme borcunu ifa etmekten kaçınabilir. Ancak taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler. Ceza koşulunun ödenmesi, işverenin zararının ve işçinin borca aykırı davranırken kusurunun bulunup bulunmamasından bağımsızdır. Buna karşın işverenin ceza koşulunu aşan miktarda zararı varsa, aşkın zararın tazminini talep edebilmek için zararını ve işçinin kusurlu olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Ceza koşulunun fahiş olduğu durumlarda, TBK m. 182 uyarınca hâkimin takdir yetkisini kullanarak ceza koşulunu indirmesi mümkündür.

İşverenin, işçinin rekabet yasağına aykırı olan davranışına son verilmesini talep edebilmesi için iki koşul öngörülmüştür. Birincisi, işverenin aykırı davranışa son verilmesini talep edebileceği taraflar arasında açıkça ve yazılı olarak kararlaştırılmış olmalıdır. İkincisi, rekabet sözleşmesinin ihlali nedeniyle işverenin önemli bir zarara

uğrayabilecek olması ve işçinin davranışının ağır nitelikte bir aykırılık oluşturması gerekmektedir. Bu itibarla, işverenin işçiden aynen ifa yönünde talepte bulunması istisnai bir yoldur ve son çare olarak talep edilebilmektedir.

İşveren konusu para olan ceza koşulu ve tazminat taleplerini ilamsız icra yoluyla talep edebilir. Aynen ifa talebinin ise ancak dava yoluyla talep edilmesi mümkün olacaktır. İşverenin, taleplerine yönelik bir dava açmadan önce veya açacağı bir dava ile birlikte mahkemeden ihtiyati tedbir talep etmesi de mümkündür ve mahkeme işçinin rekabet yasağına aykırı davranışlarına son vermesi yönünde bir ihtiyati tedbir kararı tesis edebilir.

İşveren bir karşı edim üstlenmiş ve işçi rekabet yasağı borcuna aykırı davranmışsa, işveren TBK m. 97 uyarınca ödemelik def'i ileri sürerek karşı edim borcunu ifa etmekten kaçınabileceği gibi TBK m. 126 doğrultusunda sözleşmeyi feshedebilecektir. İşverenin karşı edim borcunu ihlal etmesi halinde ise işçinin rekabet yasağı borcunu yerine getirmekten kaçınamayacağı kabul edilmektedir. Bu durumda işçinin ilamsız icra takibi başlatması veya alacak davası açması mümkündür. Ayrıca, işçi TBK m. 123 uyarınca sözleşmeyi feshedebilecektir.

TTK m. 4 ve 5 uyarınca TBK m. 444 ila 447 maddelerinde düzenleme altına alınan rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan hususlarda asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu düzenlenmiştir. Rekabet yasağı sözleşmelerine ilişkin konusu para olan ticari davalarda, TTK m. 5/A uyarınca arabulucuya başvurulması ise zorunlu bir dava şartıdır.

Rekabet yasağı sözleşmesi tarafların anlaşmasıyla, rekabet yasağı süresinin dolmasıyla veya işçinin ölümüyle son bulur. Ayrıca TBK m. 447 uyarınca işverenin rekabet yasağının sürdürülmesinde gerçek bir yararı kalmaması durumunda da rekabet yasağı sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir. İş akdinin, işveren tarafından İş Kanunu m. 25 uyarınca haklı nedenle feshi veya m. 18 uyarınca işçinin yetersizliği ve olumsuz davranışlarına bağlı olarak geçerli sebeple feshi halinde, rekabet yasağı sözleşmesi ayakta kalmaya devam eder. İş sözleşmesinin işçi tarafından İş Kanunu m. 24 veya TBK m. 435 uyarınca haklı nedenle feshedildiği hallerde ise rekabet yasağı

sözleşmesi sona erecektir. İş Kanunu m. 6 uyarınca işyeri devri gerçekleşmesi halinde, rekabet yasağı sözleşmesi devralan işveren ile işçi arasında yürürlükte kalmalıdır. Buna karşın, TTK uyarınca birleşme, bölünme ve tür değiştirme hallerinde, işçinin TTK m. 178 uyarınca itiraz hakkını kullanması halinde rekabet yasağı sözleşmesinin sona ereceği kabul edilmelidir.



GİRİŞ

İşletmeler, kendilerini rakip işletmelerden farklı ve başarılı kılan ticari sır veya müşteri bilgisi gibi birçok gayri maddi unsur barındırırlar. Kuşkusuz, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisi, işçinin işletmeye ait bu gayri maddi unsurlara erişmesine ve bunları kullanmasına olanak sağlayabilecektir. Ancak tam bu sebepten ötürü iş ilişkisi sona erdiğinde işveren önemli bir tehlike ile karşı karşıyadır. Zira işçi, eski işverenin yanındaki çalışması sırasında elde ettiği bu gayri maddi unsurları rakip bir işletme bünyesinde kullanmaya devam edebilir. Bu durum, işçinin eski işverenin rakipleri karşısında güç kaybetmesine yol açabilir ve işverenin ekonomik menfaatlerine büyük ölçüde zarar verebilir. Bunu önlemek adına, işçi ile işverenin bir rekabet yasağı sözleşmesi imzalayarak veya iş sözleşmesine bir rekabet yasağı kaydı ekleyerek, iş ilişkisinin sona ermesini takiben işçinin işveren ile rekabet etmemesini kararlaştırabilirler.

Ülkemizde rekabet yasağı sözleşmelerinin sıklıkla kullanılır hale geldiği gözlemlenmektedir. Ayrıca dünya geneline bakıldığında da rekabet yasağı sözleşmelerinin işverenler tarafından çok yaygın bir şekilde kullanıldığı görülmektedir. Amerika’da yapılan araştırmalar neredeyse çalışanların yaklaşık %20’sinin rekabet yasağı sözleşmesiyle bağlı bir şekilde çalıştığını ve %40’ının da en azından bir dönem rekabet yasağı sözleşmesiyle bağlı olmuş olduğunu göstermektedir¹. Bundan dolayı son yıllarda rekabet yasağı sözleşmelerinin ekonomik sonuçları ve etkileri üzerinde bilimsel araştırmalar yürütülmektedir. Özellikle, Silikon Vadisi’nin son yıllarda göstermiş olduğu büyük başarı ile Kaliforniya Eyaleti’nde

¹ STARR, Evan/ PRESCOTT, JJ/ BISHARA, Norman, Noncompetes in the U.S. Labor Force, U of Michigan Law & Economics Research Paper No. 18-013, Nisan 2019, s. 2-3 (Anılış: **Starr/ Prescott/ Bishara**, 2019); ABD Hazine Bakanlığı tarafından Mart 2016’da hazırlanan rapora (*U.S. Department of the Treasury - Non-compete Contracts: Economic Effects and Policy Implications*) (Anılış: ABD Hazine Raporu) buradan erişilebilir: <https://www.treasury.gov/resource-center/economic-policy/Documents/UST%20Non-competes%20Report.pdf>.

rekabet yasağı sözleşmelerinin yasaklanmış olması arasındaki etkileşimden yola çıkarak, rekabet yasağı sözleşmelerinin olumsuz etkileri daha farklı bir boyutta mercek altına alınmıştır. Ne yazık ki ülkemizde bu konudaki araştırmalar ve istatistik verileri yok denecek boyuttadır ve rekabet yasağı sözleşmelerinin toplumsal etkileri konusunda bilimsel bir çıkarım yapma olanağı bulunmamaktadır. Bu itibarla rekabet yasağı sözleşmelerinin etkileri hakkında yabancı ülkelerde yapılan çalışmalar önem arz etmektedir ve Türk hukuku uygulaması açısından da yol gösterici olabilecektir.

Rekabet yasağı sözleşmeleri bir yandan işverenlerin işletmesiyle ilgili ekonomik menfaatlerini koruma altına alırken, diğer yandan da anayasal çalışma ve sözleşme özgürlüğünü sınırlayarak işçilerin bireysel menfaatlerini zedelemektedir. Hatta rekabet yasağı sözleşmeleri, serbest piyasadaki rekabetin sınırlandırılmasına yol açtığından dolayı işçilerin piyasa değerinde ücret alabilmesi, başka işletmelerin gelişmesi, ekonomik büyüme sağlanması ve inovasyonların geliştirilmesi gibi konularda olumsuz etkilere yol açabildiği ve bu yönüyle toplumsal menfaatleri zedeleniği yönünde saptamalar da bulunmaktadır.

Rekabet yasağının toplumun ve birey olarak işçinin menfaatleri üzerindeki olumsuz etkilerinin kontrol altına alınmasının sağlanması ve menfaatler arası bir dengenin kurulması adına kanun koyucular rekabet yasağı sözleşmelerine müdahale etmektedir. Böylece rekabet yasağı sözleşmelerinin belirli koşullar altında yapılması öngörülerek kullanım alanı daraltılmakta veya bazen de tamamen yasaklanmaktadır. Hukukumuzda rekabet yasağı sözleşmeleri TBK m. 444 ila 447 maddeleri uyarınca öngörülen yasal koşullara uygun olarak yapılmalıdır. Bu itibarla TBK ile öngörülen yöntem, rekabet yasağı sözleşmelerinin sınırlandırılması ve ancak belirli koşullar altında yapılmasına izin verilmesi şeklindedir. Ancak, her ülkenin rekabet yasağı sözleşmeleri ile ilgili olarak farklı bir yaklaşım içinde olduğu göze çarpmaktadır.

Rekabet yasağı sözleşmelerinin uygulamada çok sık kullanılır hale gelmesi, son yıllarda toplum ve birey üzerindeki olumsuz etkileri yönündeki saptamalar da göz önünde bulundurulduğunda, rekabet yasağı sözleşmelerinin uygulamadaki yeri tartışmalı bir hale gelmektedir. Çalışmamızda rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerliliği ve sınırlandırılması bakımından, karşılaştırmalı hukukta yer alan güncel

Çalışma ve yaklaşımlar ele alınmaktadır. Böylece gerek kanun koyucunun gerekse de hâkimin bakış açısına bir yenilik kazandırmayı amaçlamaktadır.

Çalışmamızın Birinci Bölüm'ünde, öncelikle rekabet kavramı ve rekabet yasağı sözleşmesinin hukuki niteliğı hakkında genel bir değerlendirme yapılmıştır. Ardından rekabet yasağı ile koruma altına alınan işverenin ekonomik menfaatinin ne olduğu ve bununla çatışan bireysel ve toplumsal menfaatler irdelenmiştir. Özellikle rekabet yasağı sözleşmelerinin toplumsal menfaatlere zarar verebildiğine ilişkin yabancı ülkelerde yapılan çalışmalardan yararlanılmıştır. Son olarak çatışan menfaatler arasında denge kurulması ve hem bireysel ve hem de toplumsal menfaatlerin korunmasının yöntemleri üzerinde durulmuştur. Çalışmamızın İkinci Bölüm'ünde Türk hukukunda rekabet yasağı sözleşmesinin hangi koşullar altında yapılabileceğı, süre, yer ve konu bakımından tabi olduğu sınırlamalar ve hâkimin sözleşmeye müdahalesi konuları ele alınmıştır. TBK'nın bu konulara ilişkin maddi hükümleri ile getirilen soyut kavramlar, öğreti ve yargı kararları ışığında olabildiğince somutlaştırılmaya çalışılmış ve rekabet yasağı sözleşmesinin Türk hukukunda nasıl uygulandığı incelenmiştir. Çalışmamızın Üçüncü Bölüm'ünde ise önce rekabet yasağı sözleşmesinin işçi veya işveren tarafından ihlal edilmesinin hukuki sonuçları üzerinde durulmuştur. Ayrıca, böyle bir ihlal halinde tarafların taleplerinin neler olabileceğı ve nasıl kullanılabileceğı değerlendirilmiştir. Son olarak ise rekabet yasağı sözleşmesini sona erdiren durumlar açıklanmıştır.

BÖLÜM 1: GENEL OLARAK REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ, REKABET YASAĞI İLE KORUNAN VE ÇATIŞAN MENFAATLER

I. REKABET KAVRAMI VE REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel olarak

Rekabet, dilimizde “aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme, yarışma, yarış” anlamına gelmektedir². Ayrıca Almanca karşılığı “Konkurrenz” ve Fransızca karşılığı “concurrence” olup, bu kelimelerin kökü Latince’de “beraber koşmak, mücadeleye savaşa girmek” anlamındaki “concurrere” fiiline dayanmaktadır³. Hukuki anlamda rekabeti, “mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış” olarak tanımlamak mümkündür⁴.

Çalışmamızın konusu bakımından, işveren ile işçi arasındaki rekabet ilişkisi üzerinde durulmalıdır. Günümüzde kurumsallaşmış ve ticari işleyişi karmaşıklaşmış şirket yapılanmaları, birçok gayri-maddi unsura sahip bulunmaktadır ve bu unsurlar işletmelerin ticari anlamda başarı sahibi olmasında büyük bir rol oynamaktadır. Bu gayri maddi unsurlardan işletmeye ilişkin olanlar *know-how* ve işletme dışı olanlar da *good-will* olarak sınıflandırılabilir⁵. Bu gayri maddi unsurlar, işletmelerin temelini oluşturan, işverenin rakipleri karşısında öne geçmesini sağlayan ve işverenin hiçbir halükarda rakipleriyle paylaşmak istemeyeceği ticari sır ve bilgileridir. Buna karşın

² Bkz. Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlüğü, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c543c3de97970.68432434.

³ Detaylı kavram incelemesi ve etimolojik inceleme açısından bkz. **ALTAY, Sabah**, Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İşçi İle İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 14, Sayı 3, s. 171-207, 2008, s. 172.

⁴ Bkz. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, m. 3.

⁵ **ERTAN, Emrah**, “İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı”, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eylül 2012, s. 10. (Anlış: Ertan, Rekabet Yasağı)

işçilerin, işverene bağlı olarak çalışırken ve işletme faaliyetlerini yürütürken bu ticari sır ve bilgilere erişmesi ve bunları kullanması kaçınılmazdır. Gerçekten de işçilerin işverene ait bu gayri maddi unsurlara erişmeden veya bunları kullanmadan iş görmeleri halinde işverenin, işçiden beklediği menfaati elde etmesi çok güç olacaktır. Hatta yeri geldiğinde, işçinin görevi bu gayri maddi unsurları oluşturmak ve geliştirmek dahi olabilir. Öte yandan, bu durum, işverenin ekonomik anlamda önemli bir risk ve tehlikeyle karşılaşmasına yol açmaktadır. Zira bu gayri maddi unsurlar, adı üstünde gayri maddi ve genel geçer, her yerde uygulanabilir olmaları sebebiyle, işçinin iş akdinin sona ermesi ve işverenin yanından ayrılmasını takiben kolaylıkla işverenin kontrolünden çıkarak dışarıya aktarılabilir. Bu sebeple işçinin, iş akdinin sona ermesini takiben işverenle rekabet etmesi, işverenin ekonomik menfaatini olumsuz etkileyebilecektir. Dolayısıyla, işverenler bu riski bertaraf etmek adına, işçilerinin daha sonradan kendileriyle rekabet etmelerini engellemek adına hukuki önlemler almaktadırlar. İşçi ile yapılan rekabet yasağı sözleşmesi de bu amaca hizmet etmektedir. Emek sermayesi (*human capital*) üzerine yapılan ekonomik analizlerde bireyin, bilgisi ve yeteneğinden ayrılamaz bir sermaye değerine sahip olduğundan bahsedilmektedir⁶. Ancak rekabet yasağı sözleşmeleri, bu gayri-maddi değeri işçilerden en azından geçici bir süreyle ayırmakta, bunların diğer rakip firmalara kaymasını veya bizzat ilgili işçiler tarafından işverenle rekabet eder şekilde kullanılmasını engellemektedir.

Türk hukukunda, iş ilişkisinin devamı sırasında işçinin işvereniyle rekabet etmeme borcu, TBK m. 396'da düzenlenmiş olan işçinin özen ve sadakat borcuna dayanmaktadır. Bu husus TBK m. 396'nın 3. fıkrasında "*İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişemez.*" şeklindeki düzenleme ile maddi hukukta yerini bulmaktadır. Bu itibarla işçinin iş sözleşmesi devam ederken rekabet etmeme borcu, doğrudan doğruya iş sözleşmesinden kaynaklanmakta ve TBK uyarınca işçinin sadakat borcu bağlamında ortaya

⁶ **BECKER, Gary S.**, Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education", The University of Chicago Press, 3rd Edition, Ocak 1994, s. 16.

çıkılmaktadır⁷. Bununla beraber, TBK m. 396'nın 4. fıkrasında “İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür.” şeklindeki düzenleme ile işçinin, işverene ait ticari sırları korumasına ilişkin yükümlülüğünün de esas olarak iş ilişkisi süresince bulunduğu düzenlenmiştir. İş akdinin sona ermesinden sonra işçinin sır saklama yükümlülüğü istisnai hallerde ve sınırlı olarak devam etmektedir. İş akdinin sona ermesinden sonra, işçinin işverenle rekabet eder şekilde kendi işini yürütmesi veya yeni bir işverenin yanında rakip bir işletmede çalışması yönünde herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır⁸. Fakat taraflar serbest iradeleri ile iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra işçinin işverene karşı rekabet etmeyeceği konusunda anlaşmaya varabilirler.

İş sözleşmesinin sona ermesinden sonra işçinin rekabet hakkını sınırlandıran ya da tamamen ortadan kaldıran rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin hükümler, TBK m. 444 ila 447'de düzenlenmiştir. Böylece TBK m. 26 uyarınca tarafların sözleşme yapma özgürlüğü kanun ile sınırlandırılmıştır. Yani işveren ve işçi arasındaki güç dengesizliği karşısında, zayıf olan işçinin korunması amacıyla rekabet yasağı sözleşmelerine bazı sınırlamalar getirilmiştir⁹. Zira, Anayasa m. 48 uyarınca herkes çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olup, dilediği çalışma alanında özel teşebbüsler kurabilir. Dolayısıyla kural olarak iş ilişkisinin sona ermesinden sonra rekabet serbestisi bulunmaktadır¹⁰.

⁷ **SÜZEK, Sarper**, İş Hukuku”, Yenilenmiş 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2018 s. 350 (Anılış: **Süzek**, İş Hukuku); **MANAV, Eda**, İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 87, 2010, s. 323 (Anılış: **Manav**, Geçerlilik Koşulları); işçinin iş sözleşmesi sırasında rekabet etmeme borcu hakkında bkz. **MANAV, Eda**, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, TAAD, Cilt:2, Yıl:2, Sayı:4, 20 Ocak 2011, s. 101-133 (Anılış: **Manav**, Rekabet Etmeme Borcu); **KUNT, Püren**, Rekabet Yasağı Sözleşmeleri, İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 3, Mayıs 2012, s. 236.

⁸ **Altay**, s. 180; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 12; **ARI, Mehmet**, İşçinin Sır Saklama Yükümlülüğü, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 11, S. 115, Mart 2016, s. 59; **Kunt**, s. 237; **SULU, Muhammed**, Ticari Sırların Korunması, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2016, s. 90 (Anılış: **Sulu**, Ticari Sırların Korunması);

⁹ **SOYER, Polat**, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 53, Ankara 1994, s. 6.

¹⁰ **Altay**, s. 180; **GÜLERYÜZ, Tarık**, İş Hukukunun Emredici Yapısı Işığında Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 118, 2015, s. 318-319.

Bununla beraber, rekabet yasağı sözleşmelerine getirilen sınırlandırmaların, yalnızca işçinin menfaatinin birey olarak korunmasını değil, aynı zamanda serbest piyasa ekonomisindeki rekabetin korunması gibi daha genel bir ekonomik ve toplumsal menfaati korunmasını amaçladığını da göz önünde bulundurmak gereklidir.

B. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

İşçi ve işveren, iş sözleşmesi sona erdikten sonra işçinin işverenle rekabet etmeyeceğine ilişkin bir anlaşma yapabilirler. Bu anlaşma, TBK m. 26'da yer bulan sözleşme özgürlüğü kuralı uyarınca kanunda öngörülen sınırlar içerisinde yapılmalıdır¹¹. İş ilişkisinin sona ermesinden sonra işçi ve işveren tarafından kararlaştırılacak olan rekabet yasağı sözleşmesinin kanuni koşul ve sınırları TBK m. 444 ila 447'de düzenlenmektedir. Başka bir deyişle, bu hükümler taraflar arasındaki sözleşme özgürlüğünün çerçevesini çizmektedir.

Rekabet yasağı, iş sözleşmesinden bağımsız ayrı bir sözleşme olarak kararlaştırılabileceği gibi, iş sözleşmesinin içinde ayrı bir madde olarak da yer alabilir. Birinci durumda rekabet yasağı sözleşmesi, ikinci durumda rekabet yasağı kaydı bulunmaktadır¹². Tarafların irade beyanlarının karşılıklı olarak uygun bir biçimde bir araya geldiği rekabet yasağı kaydı da niteliği itibarı ile bir sözleşmedir¹³. Çalışmamızın genelinde "rekabet yasağı sözleşmesi" kavramı üzerinde durulacaksa da buna ilişkin açıklamalarımız rekabet yasağı kayıtları için de geçerli olacaktır.

Rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin iş ilişkisi sırasında işverenin müşterilerine veya ticari sırlarına erişmesi ve bunlara ilişkin bilgileri elde etmesi sebebiyle, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra belirli bir süre zarfında, belirli bir coğrafi bölgede, belirli bir iş ve faaliyet alanında işçinin işverenle rekabet etmesini yasaklayan bir özel hukuk sözleşmesi olarak tanımlanabilir¹⁴.

¹¹ **Süzek**, İş Hukuku, s. 351.

¹² **Soyer**, s. 9; **Altay** s. 178.

¹³ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 44.

¹⁴ **Altay**, s. 179; **DOĞAN, Sevil**, İşçinin Rekabet Yasağı - İş Sırrının Korunması, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, İş Davaları Dizisi Dördüncü Kitap, Ankara, Haziran 2017, s. 79.

Hukukumuzda, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği bakımından işverenin karşı edim üstlenmesi zorunlu olmadığından, kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir ve yalnızca işçinin bu sözleşmeyi imzalaması sözleşmenin kurulmuş addedilmesi için yeterlidir¹⁵. Bu durumda rekabet yasağı sözleşmesinin iç yönetmeliklerle veya genel iş koşulları içerisinde düzenlenemeyeceğini belirtmek gerekir¹⁶. Bununla beraber, Türk hukukunda, işverenin karşı edim yüklenmesi bir zorunluluk olmasa da TBK m. 445'in 2. fıkrasında işverenin işçiye bir karşı edim üstlenmiş olabileceği açıkça öngörülmektedir ve bunun için herhangi bir engel bulunmamaktadır. İşveren tarafından karşı edim üstlenildiği hallerde rekabet yasağı sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen (*sinelagmatik*) bir sözleşmedir¹⁷. Bununla birlikte Yargıtay, işverenin karşı edim üstlendiği durumda, eğer nispeten yüksek bir tutar kararlaştırılmışsa, rekabet yasağı sözleşmesinde işverenin imzasının bulunmamasının doğrudan sözleşmeyi geçersiz hale getirmemesi gerektiği yönünde karar vermiştir¹⁸. Yargıtay'ın bu içtihadının işçi lehine ve isabetli olduğunu söylemek mümkündür.

C. Rekabet Etmeme Borcunun Özellikleri

1. Yapmama Edimi Olması

Rekabet etmeme sözleşmesinde, işçi iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde işverenle rekabet etmeme, kendi hesabına rakip bir işletme açmama, başka bir rakip işletmede çalışmama veya rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmemeyi, kısacası işveren ile rekabet etmeme borcunu üstlenir.

¹⁵ **Güleryüz**, s. 321; **EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 201 (Anılış: **Eren**, Borçlar Genel); Yargıtay 9. HD, 2010/25792 E., 2013/10539 K. 28.3.2013 T. sayılı kararı: “Kural olarak rekabet yasağında sadece işçinin yükümlülük alanına girmesi söz konusu olduğu için. sözleşmeyi sadece onun imzalaması yeterlidir.”

¹⁶ **Soyer**, s. 43; **Süzek**, İş Hukuku, s. 351; **Güleryüz**, s. 321; **Doğan**, s. 79, Aynı doğrultuda bkz. Yargıtay 9. HD, 2010/25792 E., 2013/10539 K., 28.3.2013 T. sayılı kararı.

¹⁷ **Eren**, Borçlar Genel, s. 211; **Doğan**, s. 82.

¹⁸ Yargıtay 9. HD, 2010/25792 E., 2013/10539 K., 28.3.2013 T. sayılı kararı: “Kural olarak rekabet yasağında sadece işçinin yükümlülük alanına girmesi söz konusu olduğu için sözleşmeyi sadece onun imzalaması yeterlidir. İşverenin imzası, yasak karşılığında bir edim üstlendiği takdirde gereklidir. (BK. md.13). Bununla birlikte, karşı edimli rekabet yasağında işverenin sözleşmeyi imzalamamış olması, her zaman geçersizlik sonucunu yaratmamalıdır, özellikle, karşı edimin hizmet ilişkisi çerçevesinde nispeten yüksek bir ücret üzerinde anlaşmak suretiyle kararlaştırıldığı hallerde, rekabet yasağını işverenin imzasının bulunmaması nedeniyle geçersiz saymak doğru değildir.”

Bu borç bir “yapmama” edimidir¹⁹. Yapmama edimi, borçlunun bir şey yapmamayı üstlendiği bir olumsuz edimdir²⁰. İşveren ise sözleşme gereği işçiden rekabet etmemesini talep hakkına sahip olur. Yapmama edimi doğuran rekabet yasağı, işçinin hukuki işlem alanını sınırlamaktaysa da bu edim borçlunun tasarruf yetkisini doğrudan ortadan kaldırmaz²¹. Yani rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin rekabet yasağını ihlal ederek yaptığı hukuki işlemlerin geçerliliğini ortadan kaldırmayacaktır. Bu sebeple rekabet etmeme borcunun aynen ifası ve icra edilebilirliği konusu ayrıca önem kazanmaktadır. Bu hususa çalışmamızın Üçüncü Bölüm’ünde değinilecektir.

2. Kişisel Edim Olması

Borçlunun şahsen bedenini veya zihnini kullanarak ve bir emek veya güç sarf ederek yerine getirdiği edimler kişisel (şahsi) edim olarak nitelendirilir²². Bu bağlamda işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan iş görme edimi tipik bir kişisel edimdir. Kişisel edim açınsındansa “borçlunun şahsına bağlı kişisel edim” ve “borçlunun şahsına bağlı olmayan kişisel edim” olmak üzere sınıflandırma yapılmaktadır²³. Bu ayrımın temelinde, borçlunun bizzat kendisi tarafından ifanın yerine getirilmesinin gerekip gerekmediği göz önünde bulundurulmaktadır. Eğer alacaklı sözleşmeyi yaparken, borçlunun kişiliğini, mesleki becerisini ve özelliklerini gözeterek ve borcun bizzat borçlu tarafından ifa edileceği iradesiyle sözleşme yapmışsa bu durumda borçlunun şahsına bağlı kişisel bir edim bulunmaktadır ve sözleşmenin borçlu tarafından bizzat ifa edilmesi zorunludur. Bu durumda eğer borçlu ölürse sözleşmeden doğan hukuki ilişki de sona erer ve borçlunun şahsına bağlı olan edim mirasçılara intikal etmez²⁴.

Rekabet yasağı sözleşmesinde de, işçi tarafından üstlenilen edim, borçlunun şahsına bağlı kişisel bir edimdir ve şahsen ifa edilecek bir yükümlülüktür. Bu itibarla,

¹⁹ Eren, Borçlar Genel, s. 103; Altay, s. 181.

²⁰ Eren, Borçlar Genel, s. 103; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 63.

²¹ Eren, Borçlar Genel, s. 103; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 63.

²² Eren, Borçlar Genel, s. 105; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 64.

²³ Eren, Borçlar Genel, s. 105; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 64.

²⁴ Eren, Borçlar Genel, s. 105.

işçinin üstlendiği borcun miras yolu ile intikali veya 3. bir kişiye devri söz konusu olamaz²⁵.

3. Sürekli Edim Olması

Sözleşmesel ilişkide borçlunun borcunu ifa ediş biçimine göre, üstlenilen edim bir defada yerine getirilen ani edim veya zamana yayılan sürekli bir edim olabilir²⁶. Eğer borçlu bir yapmama borcu üstlenmişse bu edim genelde sürekli edim niteliğindedir²⁷. Ancak bazı durumlarda tek bir olaya özgülenmiş bir yapmama borcunu, ani edimli ifa olarak nitelemek de mümkün olabilir²⁸. Öğretide, sürekli edimli sözleşmelerin "dar anlamda sürekli sözleşmeler" ve "sürekli sözleşme benzeri borç ilişkileri" olarak iki sınıf altında incelendiği de görülmektedir²⁹. Bu bağlamda edimlerden en az biri süreklilik niteliği taşıyorsa dar anlamda sürekli borç ilişkisinden bahsedilir³⁰. Öte yandan, misal eser sözleşmelerinde olduğu gibi, sürekli bir edim olmamakla birlikte sözleşmenin ifası zorunlu olarak zamana yayılmış ise bu durumda sürekli sözleşme benzeri borç ilişkisi bulunduğu ifade edilmektedir³¹.

Rekabet yasağı sözleşmesinde ise işçinin rekabet etmeme borcu, belirli bir süreye yayılmış olan sürekli bir edimdir³². Rekabet etmeme borcunu dar anlamda sürekli borç olarak kabul etmek gerekir³³. İşçinin rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan rekabet etmeme borcunun sürekli edim niteliğinde bir borç olmasının en önemli sonucuysa borca aykırılık halinde işverenin TBK m. 126 uyarınca borcun aynen ifasını ve gecikme tazminatı isteyebilmesi ve hatta sözleşmeyi feshederek

²⁵ Altay s. 181.

²⁶ Eren, Borçlar Genel, s. 107; ALTINOK ORMANCI, Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 15.

²⁷ Eren, Borçlar Genel, s. 107.

²⁸ Örneğin açık arttırmanın belirli bir aşamasında pay sürmeme şeklindeki bir yapmama borcu ani edim niteliğinde değerlendirilebilir. bkz. Ertan, Rekabet Yasağı, s. 65'ten naklen: SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s. 10.

²⁹ Altınok Ormanci, s. 16.

³⁰ Altınok Ormanci, s. 15.

³¹ Altınok Ormanci, s. 17.

³² Eren, Borçlar Genel, s. 107.

³³ Altınok Ormanci, s. 29.

sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteme hakkına sahip olmasıdır³⁴.

D. Rekabet Yasağı Sözleşmesi ile Esas İş Sözleşmesi Arasındaki İlişki

Rekabet yasağı sözleşmesi, işçi ve işveren arasındaki iş sözleşmesine bağımlı olarak kurulan bir sözleşme olduğundan geçerliliği, esas iş sözleşmesinin geçerli olarak kurulmuş olmasına bağlıdır³⁵. Alman hukuk doktrinde de, rekabet yasağının geçerliliği için muhakkak taraflar arasında bir iş sözleşmesi bulunması gerektiğine işaret edilmektedir³⁶.

Bununla beraber TBK m. 444 – 447 hükümlerinin uygulanması ancak iş sözleşmesi sona ermeden önce yapılan rekabet yasağı sözleşmeleri ile ilgili olarak mümkündür. Taraflar, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra genel hükümlere tabi olacak şekilde bir rekabet yasağı sözleşmesi yapabilirler ancak bu durumda yapılan rekabet yasağı sözleşmeleri TBK m. 444 – 447 hükümlerine tabi olmayacaktır³⁷. Zira bu durumda işçi-işveren ilişkisi sona ermiş olduğundan, işçinin özgür iradesini baskılayabilecek bir durum bulunmamaktadır ve işçinin korunmasını gerekli kılan bir durum söz konusu değildir³⁸.

³⁴ **TERCIER, Pierre/ PICHONNAZ, Pascal / DEVELİOĞLU, Murat**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mart 2016, s. 415-416; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 46.

³⁵ **EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 567 (Anılış: **Eren**, Borçlar Özel); **Altay**, s. 181; **Manav**, Geçerlilik Koşulları, s. 327; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 44.

³⁶ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 44.

³⁷ **Soyer**, s. 18; **Altay**, s. 182; **Manav**, Geçerlilik Koşulları, s. 327.

³⁸ **Altay**, s. 182; Aksi görüş için bkz. **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 61'de kişinin çalışma özgürlüğünü bütünüyle ortadan kaldırmamakla beraber çok geniş bir şekilde sınırlayan ve mesleğini icra etmesini neredeyse olanaksız kılan rekabet yasağı sözleşmelerinin TBK m. 445'in 2. fıkrasının kıyasen uygulanması yoluyla sınırlandırılabilceğini savunmaktadır. Ancak bu durumda sözleşmenin içeriğine müdahale eden hâkimin taraflar arasında herhangi bir bağımlılık ilişkisinin olmadığını hususunu da gözeterek iş sözleşmesinin kuruluşunda veya devamında kararlaştırılan rekabet yasağı kayıtlarına oranla daha yüzeysel bir denetim yapması ve sözleşmenin sınırlanmasında çok katı davranmaması gerektiği belirtilmektedir. Yazar bu görüşünü, Yargıtay'ın şu gerekçeyle verdiği içtihadına dayandırmaktadır ve bu içtihatla benimsenen ilkelerin, iş ilişkisinden sonra kararlaştırılan rekabet yasağı sözleşmelerine de uygulanmaya elverişli olduğunu belirtmektedir: “...Dava, *franchising sözleşmesine aykırılık iddiasına dayalı haksız rekabetin tespit ve önlenmesi istemine ilişkindir. Somut olayda, taraflar arasında imzalanan 13.11.2007 tarihli sözleşmenin 5.5. maddesinde, alt imtiyaz sahibinin bu anlaşmanın sona ermesini veya feshedilmesini takip eden bir yıllık süre boyunca imtiyaz bölgesinde, ne kendisinin ne de ilgili olduğu bir şirketin bu anlaşma ile makul olarak tasarlanmış bulunan iş ile aynı veya benzer olan işlerde, özelde de gıda zinciri ile veya gıda toptan veya perakende satışı yapan Dia ürünlerinin*

Rekabet yasağı sözleşmesi ile iş sözleşmesi arasında çok güçlü bir bağ bulunduğundan hareketle, bu bağlamda tartışılan önemli bir sorun da iş sözleşmesinin geçersizliğinin buna bağlı rekabet yasağı sözleşmesinin üzerinde nasıl bir etkisi olacağıdır. Alman Federal İş Mahkemesi'nin bir kararında³⁹, iş sözleşmesi kesin hükümsüz addedilse bile iş sözleşmesinden doğan borçların ifa edildiği ve işçinin bu sayede işverenle rekabet etmesine olanak sağlayacak bilgileri öğrendiği hallerde iş sözleşmesinin geçersizliğinin rekabet yasağı sözleşmesinin de geçersizliğine yol açmayacağına hükmetmiştir. Alman öğretisinde bazı yazarlar, iş sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğüne yol açan nedenlerin mahiyetine göre bir sonuca varılması gerektiğini savunmaktadırlar. Örneğin, rekabet yasağı iş sözleşmesiyle birlikte kurulmuşsa, ilgili işçinin ehliyetsizliği doğrudan rekabet yasağı kaydının da geçersizliğine yol açmalıdır. Buna karşın, iş sözleşmesi yanıltma, aldatma ve korkutma gibi bir irade bozukluğundan ötürü geçersiz ise, rekabet yasağının ayakta kalması tarafların iradesine uygun olabilecektir. Örneğin, işe girerken kendi özellikleri hakkında işvereni yanıltan bir işçi, çalıştığı sırada işverenle rekabet edebileceği bilgileri öğrenmiş olabilir ve böyle bir durumda, yanıltıcı davranan ve kusurlu olan işçinin menfaatinin değil de işverenin ekonomik menfaatinin korunmasına özen gösterilmesi ve rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olduğunun kabul edilmesi hakkaniyete uygun olacaktır. Sonuçta

benzerlerini veya aynısını satan rakip bir işletme ile iş yapmaktan ve genelde de Dia işletmeleri ile rekabet yaratacak doğrudan veya dolaylı faaliyetlerde bulunmaktan kaçınmayı taahhüt ettiği düzenlenmiş olup, davacı tarafından davalının sözleşmenin feshinden sonra anılan maddede yasaklanan işleri yapmaya devam ettiği ileri sürülerek işbu dava açılmış olup, mahkemece yazılı gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmiştir. Oysa, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti başlıklı 48 ve devamı maddelerinde, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu bildirilmiş, BK'nun 19. maddesinin ilk fıkrasında, bir akdin mevzuunun kanunun gösterdiği sınır dairesinde serbestçe tayin olunacağı belirtildikten sonra, 2. fıkrasında bu serbestinin sınırları gösterilmiş, 20. maddesinde ise bir akdin mevzuunun gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olması halinde o akdin batıl olacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla sözleşmenin tarafları, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde sözleşmenin konusunu belirlemekte özgür iseler de bu özgürlüğün sınırsız ve sonsuz olduğu söylenemez. Anayasa'nın ve BK'nun anılan hükümleri sözleşme özgürlüğünün sınırlarını çizmiştir. Bu açıklamalardan sonra somut olaya dönülecek olursa, taraflar arasındaki sözleşmenin rekabet yasağını düzenleyen 5.5. maddesi hükmü, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile güvence altına alınan çalışma hürriyeti ilkesine aykırı olması ve tarafların aralarında imzalayacakları bir sözleşme hükmü ile bu özgürlüğü ihlal anlamına gelecek her hangi bir düzenleme yapmalarının mümkün bulunmaması nedeniyle geçersizdir..." (Yargıtay 11. HD, 2011/13747 E., 2012/356 K., 19.1.2012 T.).

³⁹ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 44'ten naklen BAG 3.2.1987 AP 54 zu § 74 HGB.

genel kural olarak, iş sözleşmesinin geçersizliği halinde iş ilişkisi esnasında kurulan rekabet yasağı sözleşmesinin bundan etkilenmemesi gerektiği savunulmaktadır.⁴⁰

Bununla beraber, rekabet yasağı sözleşmesinin geçersizliği, kural olarak iş sözleşmesinin kesin hükümsüz hale gelmesine yol açan bir durum değildir. Fakat tarafların aralarındaki anlaşmadan, rekabet yasağı sözleşmesinin iş ilişkisinin kurulmasında esaslı bir unsur olduğu, rekabet yasağı sözleşmesinin geçersiz olduğu taraflarca bilinseydi tarafların iş sözleşmesini yapmayacağı açıkça anlaşılıyorsa, bu durumda rekabet yasağının geçersizliği iş sözleşmesinin de geçersizliğine yol açabilir⁴¹.

Öğretide savunulduğu üzere, iş sözleşmesinin kesin hükümsüz olması halinde bunun rekabet yasağı sözleşmesine etkisi değerlendirilirken, öncelikle iş sözleşmesini geçersiz kılan nedenin işverence bilinip bilinmediği önemlidir. Eğer işveren iş sözleşmesinin kurulduğu sırada kesin hükümsüzlüğün farkında ise veya en azından farkında olmalıysa, işçinin kendisiyle rekabet etmesine katlanmak zorundadır ve hâkim tarafından somut olayın özelliğine göre farklı bir çözüm tarzı benimsenmesi de mümkün olmalıdır.⁴²

Belirtmek isteriz ki, işverenin karşı edim yüklendiği, tam iki taraflı borç yükleyen rekabet yasağı sözleşmelerinde, rekabet yasağı sözleşmesinin ayakta kalması işçi açısından da bir menfaat taşımaktadır. Bu itibarla, kanaatimizce rekabet yasağı süresince işveren tarafından işçiye belirli bir miktarda ödemenin yapılması kararlaştırıldığı durumlarda, işçi lehine bir yaklaşım olarak rekabet yasağının geçerli olduğu yönünde takdir yetkisinin kullanılması mümkün olabilmelidir.

E. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin İçeriği

TBK m. 444'te rekabet yasağı sözleşmesinin içeriğinin, yani rekabet yasağı uyarınca işçinin kaçınması gereken eylemlerin neler olabileceğini düzenlenmektedir.

⁴⁰ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 44.

⁴¹ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 45.

⁴² Ertan, Rekabet Yasağı, s. 46.

Bu hükme göre “...işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir.” denilmektedir. Hükümün lafzından, “rakip işletme” kavramı üzerinde durulduğu ve bunun rekabet etmeme borcu açısından belirleyici olduğu anlaşılmaktadır⁴³. Rekabet teşkil edebilecek eylemlerin ise sınırlı bir biçimde belirlenmediği, ancak temelde işçinin kendi hesabına rakip bir işletme kurması veya rakip bir işletmede çalışması eylemlerinin “özellikle” sözcüğü ile belirtildiği görülmektedir⁴⁴. Rakip işletme ile kurulacak ilişki de iş ilişkisi ile sınırlanmamış ve her türlü menfaat ilişkisi rekabet yasağı kapsamında değerlendirilmiştir⁴⁵. Nitekim rekabet yasağının niteliğinin belirlenmesinde bu hususlar üzerinde durulacaktır.

1. Rekabet Edebilme ve Rakip İşletme

TBK m. 444’ün lafzından anlaşıldığı üzere işten ayrılan işçinin rekabete yol açabilecek bir eylemde bulunması için, işçinin çalıştığı yeni işverenin veya kendisinin kurduğu işletmenin önceki işverenin işletmesine rakip olması gerekmektedir⁴⁶. Bu

⁴³ Doğan, s. 127.

⁴⁴ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 62.

⁴⁵ Soyer, s. 29; Doğan, s. 127.

⁴⁶ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 66; Manav, Geçerlilik Koşulları, s. 324-325; Doğan, s. 127. Yargıtay önüne gelen somut bir olayda, işten ayrıldıktan sonra işverenin müşteri portföyünde bulunan bir şirkette çalışmamayı taahhüt eden işçinin, daha sonra işverenin müşterisiyle çalışması rekabet yasağı kaydına aykırılık olarak değerlendirilmiştir. Bu durumda eğer işverenin ekonomik menfaati söz konusuysa, rekabet yasağı sözleşmesinde işçinin “rakip” olmayan bir işletmede çalışmasının yasaklanması da mümkün olabilecektir: “...Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacı şirket bilgisayarla iştigal etmekte, üçüncü şahıs durumundaki firmanın ise daha geniş ve farklı bir faaliyet alanı bulunduğunu ancak, onun da bilgisayar hizmetlerini gerçekleştirdiği ve daha önceki dönemde de her iki şirket arasında bir sözleşme düzenlenerek bilgisayar işlerinin davacı şirkete yaptırıldığı ve bunun için de davalı işçinin giderek ihtiyaç duyulan hizmetleri gerçekleştirdiği, böylece hizmet akdinin feshinden kısa bir süre öncesine kadar davacı şirketin müşteri portföyündeki bir şirket pozisyonunda bulunduğu anlaşılmaktadır. Davalı işçinin bir dönem müşteri portföyünde bulunan şirkette davacı adına hizmet verip daha sonra portföyden çıktıktan sonra kısa bir süre içinde o şirkette görev alması, dava dışı şirketin çalışma konusuna girmiş olup davacı şirketin de konusunu oluşturan bir işte çalışma koşulunun gerçekleşmiş olduğunu gösterdiği gibi, müşteri portföyündeki bir şirket pozisyonunda bulunduğu anlaşılmaktadır. Davalı işçinin bir dönem müşteri portföyünde bulunan şirkette davacı adına hizmet verip daha sonra portföyündeki şirkette de görev alma koşulu gerçekleşmiş sayılmalıdır. Zira portföyden çıkma olgusuyla başka şirkette görev alma olgusu birbirini izlemektedir. Açıklanan bu maddi ve hukuki olgular karşısında sözleşmenin 5. maddesindeki koşulların gerçekleştirildiği düşünüldükçe hesaplama yapıp bir değerlendirmeye tâbi tutulmak suretiyle isteğin kabulü doğrultusunda hüküm kurulmak üzere kararın bozulması gerektirmiştir. Açıklanan bu maddi ve hukuki olgular karşısında

durumda “rakip işletme”nin ne olduğu üzerinde durulmalıdır. Rakip işletme kavramı, TBK’da açıkça tanımlanmamıştır. Öğretide işletmelerin rakip olup olmadıklarının tespitinde en önemli unsurun işletmelerin müşteri çevresi olduğu ve eğer iki işletmenin mevcut veya potansiyel müşteri kitlesi örtüşmekteyse, ortak bir müşteri çevresinin varlığından ve iki rakip işletmeden söz edilebileceği ifade edilmektedir⁴⁷. Yargıtay’ın verdiği kararlarda da rekabet yasağına aykırılığın tespitinde işletmelerin müşteri çevresinin önemli bir rol oynadığının ve bunun mahkemelerce araştırılması gerekliliğinin altı çizilmektedir⁴⁸. Bu bağlamda, müşteri çevrelerinin tam olarak değil de kısmen bile örtüşmesi halinde iki işletme rakip olarak değerlendirilmelidir⁴⁹. Dolayısıyla, iki işletmenin rakip sayılabilmesi için aynı ürün ve hizmeti üretmesi şart değildir. Eğer iki işletme aynı ihtiyacı karşılayan ürün ve hizmetler üretiyorsa veya aynı müşterilere hizmet ve ürün sağlıyorsa veya aynı teknik ve ticari esasları uyguluyorsa bu durumlarda da rakip işletmelerin varlığından söz edilecektir⁵⁰. Bu hususun tespiti açısından, işçinin eski işverenin “fiili faaliyet alanı”nın tespit edilmesi gerekmektedir⁵¹. Yargıtay içtihatlarında, şirketlerin faaliyet alanlarının ticaret sicil kayıtlarında ve şirket esas sözleşmelerinde çok geniş tutulmasından bahisle, işverenlerin gerçek faaliyet alanının tespit edilerek rekabet yasağının da bu fiili faaliyet

sözleşmenin 5. maddesindeki koşulların gerçekleştiği düşünülerek hesaplama yapıp bir değerlendirmeye tâbi tutulmak suretiyle isteğin kabulü doğrultusunda hüküm kurulmak üzere kararın bozulması gerektirmiştir Açıklanan bu maddi ve hukuki olgular karşısında sözleşmenin 5. maddesindeki koşulların gerçekleştiği düşünülerek hesaplama yapıp bir değerlendirmeye tâbi tutulmak suretiyle isteğin kabulü doğrultusunda hüküm kurulmak üzere kararın bozulması gerektirmiştir...” (Yargıtay 9. HD, 18.5.1999 T., 5784/9049).

⁴⁷ **Altay**, s. 192; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 66; **Manav**, Geçerlilik Koşulları, s. 324-325; **Doğan**, s. 127.

⁴⁸ Yargıtay 9. HD, 2015/10059 E., 2015/20045 K., 2.6.2015 T. sayılı kararı: “Öncelikle mahkemece davacı şirket ile davalılardan..... tarafından kurulan Reklam İletişim Hizmetleri isimli işyerine ait tüm defterler dosya getirilmelidir. Yine davacı şirketin 2006-2007 dönemine ilişkin **müşteri çevresi araştırılarak davalılar tarafından davacının müşteri çevresinin kendi kurdukları işyerinde yönlendirip yönlendirmedikleri araştırılarak bunun sonucuna göre davacının uğradığı maddi zarar tespit edilmesi gerekir.”**

⁴⁹ **Doğan**, s. 129.

⁵⁰ **Manav**, Geçerlilik Koşulları, s. 324-325.

⁵¹ **Doğan**, s. 128.

alanı ile sınırlandırılması gerektiği vurgulanmaktadır⁵². Bununla beraber iki işletmenin rakip olabilmesi için, bunların aynı coğrafi pazarda faaliyet göstermesi de şarttır⁵³.

2. İçerik Kapsamındaki Faaliyetler

Rekabet yasağının içeriğine ilişkin olarak, TBK m. 444'ün örnekleme yoluyla hangi eylemlerin rekabet yasağı sözleşmesi kapsamında kararlaştırılabileceğini belirtmektedir. Burada sayılanlar dışında rekabet oluşturabilecek bir durum varsa, taraflar rekabet yasağı sözleşmesinde bu eylemi de yasaklayabilirler⁵⁴. Bu noktada tartışma yaratan bir husus, rekabet yasağının genel bir ifadeyle kararlaştırıldığı veya TBK m. 444'te belirtilen bu eylemlerden bazılarının belirtilip bazılarının belirtilmediği durumda açıkça belirtilmeyen eylemlerin yasak kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. Öğretide, yasak eylemlerin açıkça belirtilmesi gerektiği aksi takdirde açıkça belirtilmeyen eylemlerin yasak kapsamında sayılmaması gerektiği ve bu bağlamda belirsizlik olduğu takdirde işçi lehine yorum ilkesinin benimsenerek, rekabet yasağı kapsamının dar yorumlanması gerektiği savunulmaktadır⁵⁵. Özellikle işveren tarafından dikte edilen ve tek taraflı olarak

⁵² Yargıtay 7. HD 2013/2542 E., 2013/5823 K., 8.4.2013 T. sayılı kararı: “Özellikle şirketlerin ticaret siciline kayıt sırasında faaliyet alanlarının geniş tutulduğu ülkemizde, işçinin bütün alanlarda çalışmasının sınırlandırılması mümkün olmaz. **İşçinin işverene ait işyerinde yapmakta olduğu işle doğrudan ilgili ve işverenin asıl faaliyet alanına giren işler bakımından böyle bir sınırlama getirilmelidir.**”; Aynı yönde Yargıtay 11.HD, 2015/11383 E., 2016/6482 K. sayılı kararı: “Buna göre, rekabet yasağı kaydı karşısında, işverenin somut bir zarara uğraması gerekmemekte olup, işçinin yaptığı iş nedeniyle edindiği bilgileri, çalışmaya başladığı başka bir rakip işletmede kullanarak davacı işverene önemli ölçüde zarar verme ihtimalinin bulunması yeterlidir. **Bu durumda, mahkemece, davalı işçinin çalışmaya başladığı şirketin fülü olarak faaliyet alanı tespit edilerek davacı şirkete rakip olup olmadığı, davalı işçinin davacı bünyesinde iken yaptığı işi yapıp yapmadığı değerlendirilerek davalının eyleminin davacının önemli bir zararına sebep olma ihtimalinin olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken...**”.

⁵³ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 69.

⁵⁴ Örneğin işçinin işverene rakip olmayan ancak müşterisi durumunda olan bir şirketle çalışmasının da yasaklanabileceği yönünde bkz. Yargıtay 9. HD, 18.5.1999 T., 5784/9049.

⁵⁵ **Soyer**, s. 28; **Altay** 193-194; **Doğan**, s. 132; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 62'den naklen: “İsviçre öğretisinde kanunda sayılan faaliyetlerden birinin yasaklanmasından diğer faaliyetlerin de yasak kapsamında olduğu sonucunun çıkarılamayacağı ileri sürülmektedir. Buna göre, rekabet yasağı kaydıyla rakip bir işletme açması yasaklanan işçinin rakip bir işletmede çalışmasının caiz olduğu belirtilmektedir. Buna karşılık, Alman hukukunda işçiye rakip işletmeyle iş ilişkisi kurmayı yasaklayan bir rekabet yasağı kaydının bağımsız çalışmayı dışlamadığı kabul edilmektedir. Tersine rekabet etme (Konkurrenz zu machen) gibi genel bir ifadenin tercih edildiği rekabet yasağı kayıtlarının yalnızca bağımsız faaliyetleri kapsadığı ve işçinin rakip bir işletmeyle iş ilişkisine girmesini yasaklamadığı savunulmaktadır. Bununla birlikte, işçinin rakip bir işletmede çalışmasını genel olarak yasaklayan bir kaydın (Tätigkeit für einKonkurrenzunternehmen) işçinin rakip işletmedeki bağımlı veya bağımsız tüm

kaleme alınan, işçinin bir pazarlık gücünün bulunmadığı rekabet yasağı sözleşmelerinde anlamda belirsizlik olmasının sonucuna da işverenin katlanması gerektiği vurgulanmaktadır⁵⁶.

a. Kendi Hesabına Rakip İşletme Açmak

İşçinin, işten ayrılarak eski işvereni ile rekabet edecek bir işletme açması yasak kapsamındaki eylemlerden biri olarak düzenlenmiştir. Kanun hükmünün lafzından anlaşıldığı üzere, işçinin “kendi hesabına” bir işletme açması rekabet yasağının ihlali anlamına gelir. Başka bir deyişle, işçinin adına olmayan fakat üçüncü kişiler tarafından işçinin kendi hesabına işletilen her türlü rakip işletme rekabet yasağı kapsamında olacaktır⁵⁷. Bununla beraber işçinin rakip bir anonim şirket işletmesinde pay sahibi olması, doğrudan bu işletmede etkin bir rol oynaması anlamına gelmediğinden her zaman rekabet yasağı kapsamında değerlendirilmeyebilecektir⁵⁸. Söz konusu işletmenin hukuki nitelenmesi açısından özellikli bir durum olmadığından, bu rakip işletme bir ticari işletme veya esnaf işletmesi olabilir⁵⁹. Ayrıca bu işletmenin bir tüzel kişiliğe sahip olması da şart değildir⁶⁰. Önemli olan bu işletmenin “rakip” bir işletme olarak nitelenmesidir⁶¹. Dolayısıyla işçinin işten ayrıldıktan sonra kendi hesabına bir işletme açması doğrudan rekabet yasağının ihlali anlamına gelmeyecektir⁶².

faaliyetlerini kapsadığı, söz konusu işçinin rakip işletmeyle ne bir iş sözleşmesi akdedebileceği ne de yönetim danışmanlığı örneğindeki gibi bağımsız bir şekilde çalışamayacağı iddia edilmektedir.”

⁵⁶ **Süzek**, s. 25-27; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 75.

⁵⁷ **Doğan**, s. 134.

⁵⁸ **Soyer**, s. 33; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 71; **Doğan**, s. 139.

⁵⁹ **Doğan**, s. 134.

⁶⁰ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 71.

⁶¹ **Manav**, Geçerlilik Koşulları, s. 324-325; **Doğan**, s. 133.

⁶² Yargıtay’ın önüne gelen somut bir olayda, ilk derece mahkemesi işçinin kurduğu işletmenin işverenin işletmesiyle aynı alanda faaliyet gösterdiğinin davacı işveren tarafından ispatlanamadığı gerekçesiyle reddine karar vermiş ve bu karar Yargıtay’ca onanmıştır. Bkz. Yargıtay 11. HD, 2015/1337 E., 2015/6267 K., 4.5.2015 T. sayılı kararı: “Mahkemece, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre; davalının davacı şirkette bir dönem teknik servis elemanı olarak çalıştığı, taraflar arasında akdedilen iş sözleşmesini 4/12. maddesinde sözleşmenin sona ermesinden itibaren 1 yıl sonrasında kadar rekabet etmeme rakip firmalarda görev almamaya ilişkin hüküm bulunduğu, davalının kurucu ortağı olduğu, davayla ilgili davacı şirketin iştigal sahalarının aynı olduğunun yeterli deliller ile ispat edilemediği, davalının şirket ortağı olmasının tek başına sır saklama yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmediği, davalının rekabet yasağına konu olacak fiillerinin ve davacı tarafından haksız rekabet teşkil ettiği belirtilen eylemlerinin ispatlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.”

b. Başka Bir Rakip İşletmede Çalışmak

İş akdinin sona ermesinden sonra işçinin başka bir işletmede çalışması da rekabet yasağı kapsamında sayılan eylemlerden biridir. Öğretide bu eylemin yalnızca bir işverene bağımlı olarak hizmet ilişkisi kurulmasıyla sınırlı olmadığı, rakip işletmelerle kurulan her türlü iş görme sözleşmesinin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği, bu bağlamda danışmanlık ve acentelik gibi faaliyetlerin de yasak kapsamına gireceği belirtilmektedir⁶³.

c. Rakip İşletmeyle Başka Türden Bir Menfaat İlişkisi İçinde Bulunmak

TBK, rakip işletme ile girilebilecek her türlü menfaat ilişkisinin rekabet yasağı kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmektedir. Mevzuat İBK’da ise rakip işletmeye iştirak etme eyleminden bahsedilmektedir. Dolayısıyla işçinin, rakip şirket ve işletmelere, sermaye koyarak veya bunları başka bir şekilde destekleyerek herhangi bir şekilde iştirak etmesi rekabet yasağı kapsamında değerlendirilebilecektir.⁶⁴

Öğretide söz konusu menfaat ilişkisinin, her türlü işbirliğini ve beraberliği kapsar nitelikte olduğu ve şirket lehine teminat verilmesinin bile bu kapsamda değerlendirilebileceği belirtilmektedir⁶⁵. Öte yandan TBK m. 444 ve Mevzuat İBK m. 340 anlamında bir iştirakin varlığı için yalnızca işçi tarafından destek sağlanmasının yeterli olmayacağı, işçinin önceki işverenin müşteri çevresi, iş ve üretim sırlarını rakip işletme lehine değerlendirebilme olanağına sahip olması gerektiği de savunulmaktadır⁶⁶. Ancak, işçinin rakip işletme ile menfaat ilişkisine girmiş olmasının, rekabet yasağına aykırılık açısından fiili bir karine olduğu da belirtilmektedir⁶⁷. İşçi, rakip işletme üzerinde herhangi bir yönetsel gücü olmadığını ispatlayarak karineyi çürütebilir. Bununla beraber, işçinin sıfatının (ortak, danışman

⁶³ Soyer, s. 32; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 72; Doğan, s. 140.

⁶⁴ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 72-73.

⁶⁵ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 73.

⁶⁶ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 73.

⁶⁷ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 75; Doğan, s. 145.

vs.) veya işçiye karşılık olarak sağlanan menfaatin niteliğinin (ücret, kar payı, komisyon vs.) önemli olmadığı ifade edilmektedir⁶⁸.

F. Sır Saklama Sözleşmesi ile Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Karşılaştırılması

1. Genel Olarak Sır Saklama Sözleşmesi

İş sözleşmesinin sona ermesi ile beraber işçinin TBK m. 396'nın 4. fıkrası uyarınca sadakat borcunun bir uzantısı olarak sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır⁶⁹. Bu itibarla iş sözleşmelerinin zımni olarak sır saklama yükümlülüğünü bünyesinde barındırdığı belirtilmektedir⁷⁰. Ancak maddi hukuk anlamında bu yükümlülüğün sınırları çizilmediğinden, uygulamada işçi ve işveren arasında işverene ait ticari sırların korunması amacıyla sır saklama sözleşmesi veya gizlilik sözleşmesi adı altında sözleşmeler imzalanmaktadır veya iş sözleşmesine bu yönde kayıtlar eklenmektedir⁷¹. Böylece hem işçinin yükümlülüğünün içeriği belirlenmektedir hem de daha sonra çıkabilecek uyuşmazlıklarda işveren açısından ispat kolaylığı sağlanmış olmaktadır ve ticari sırların korunması için ek bir koruma temin edilmektedir⁷². Ayrıca sır saklama sözleşmesinin imzalanması, işverenin ticari bilgiyi gizli tutma iradesini ortaya koyduğundan, söz konusu bilginin ticari sır olma niteliğini güçlendiren bir unsurdur⁷³. Ancak öğretide isabetli bir şekilde belirtildiği üzere, işçinin sır saklama yükümlülüğüne uymadığının ispat edilmesi, rekabet etmeme borcuna uyulmadığının ispatlanmasına kıyasen çok güçtür⁷⁴.

⁶⁸ Eren, Borçlar Özel, s. 543; Doğan, s. 144.

⁶⁹ Doğan, s. 198.

⁷⁰ GÜRBÜZ USLUEL, Aşlı, Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması, 1. Bası, Vedat Kitapçılık İstanbul 2009, s. 119; Sulu, Ticari Sırların Korunması, s. 88.

⁷¹ Doğan s. 204.

⁷² Ertan, Rekabet Yasağı, s. 24-25; Doğan, s. 204.

⁷³ Sulu, Ticari Sırların Korunması, s. 89; öte yandan tarafların kamuya açık veya toplumun geneli tarafından bilinen ve sır olmayan bilgileri sır saklama sözleşmesi kapsamına alarak ticari sır haline getiremeyeceği yönünde bkz. Sulu, ibid., s. 90-93.

⁷⁴ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 24.

2. Sır Saklama Sözleşmesi ile Rekabet Yasağı Sözleşmesi Arasındaki Benzerlikler ve Farklılıklar

Rekabet yasağı sözleşmesi ve sır saklama sözleşmesi, işverenin ticari sırlarının korunması amacına hizmet ettiğinden, işlevsel olarak benzer sözleşmelerdir⁷⁵. Ancak içerik olarak bakıldığında, sır saklama sözleşmesi rekabet yasağı sözleşmesinden daha dar kapsamlıdır. Zira sır saklama sözleşmesi, işçi tarafından öğrenilen ticari sırların üçüncü kişilere ifşa edilmemesi borcunu ihtiva ederken, rekabet yasağı sözleşmesi işçinin rakip işletme kurması veya rakip işletmelerde çalışması gibi eylemleri de kısıtlar niteliktedir⁷⁶. Bu yönüyle sır saklama sözleşmesi, rekabet yasağı sözleşmesinin aksine, işçinin çalışma özgürlüğü ve mesleki gelişimi üzerinde bir engel oluşturmamaktadır⁷⁷. Bu bağlamda, çalışmamızın devamında ayrıntılı olarak açıklanacak olan TBK m. 444 - 447 doğrultusunda rekabet yasağı sözleşmeleri açısından geçerli olan hüküm ve koşullar kural olarak sır saklama sözleşmeleri açısından uygulanabilir değildir⁷⁸.

Sır saklama sözleşmesine ilişkin herhangi bir maddi düzenleme bulunmadığından, tarafların TBK m. 12'deki sözleşmede şekil serbestisi doğrultusunda herhangi bir şekle bağlı olmadan sır saklama sözleşmesi kararlaştırmaları mümkündür⁷⁹. Dolayısıyla, rekabet yasağı sözleşmesinin aksine, sır saklama sözleşmesi bakımından yazılılık bir geçerlilik değil ispat koşuludur⁸⁰.

Bununla birlikte, rekabet yasağı sözleşmelerinde TBK m. 445'te düzenlendiği üzere rekabet yasağının süresi özel durum ve koşullar dışında en fazla 2 yıl olarak belirlenebilecekse de sır saklama sözleşmeleri açısından herhangi bir süre sınırlaması bulunmamaktadır ve sır saklama yükümlülüğünün süresiz olarak kararlaştırılması da mümkündür⁸¹. Ancak rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin olarak TBK m. 447'de

⁷⁵ Sulu, Ticari Sırların Korunması, s. 89; Doğan, s. 204-205.

⁷⁶ Doğan, s. 205.

⁷⁷ Doğan, s. 205.

⁷⁸ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 25; Doğan, s. 209.

⁷⁹ Arı, s. 59; Sulu, Ticari Sırların Korunması, s. 89.

⁸⁰ Doğan, s. 210.

⁸¹ Doğan, s. 210.

işveren açısından rekabet yasağının sürdürülmesinde gerçek bir yararının kalmaması halinde rekabet yasağının sona ereceği düzenlenmiştir. Öğretide, bu hükmün sır saklama sözleşmesi açısından da kıyasen uygulanması ve sır saklama sözleşmesine konu olan ticari sırların veya gizli bilgilerin, gizliliğini ve sır vasfını yitirmesi halinde, işverenin ekonomik menfaati sona ereceğinden sır saklama sözleşmesinin de kendiliğinden sona ermesi gerektiği savunulmaktadır⁸².

Öte yandan öğretide, sır saklama sözleşmesinin içeriğinde işçinin çalışma özgürlüğünü sınırlar nitelikte yükümlülükler öngörülmesi halinde, sır saklama sözleşmesine de rekabet yasağı sözleşmesinin tabi olduğu sınırlamaların uygulanması gerektiği, aksi durumda rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin hükümlerin kolaylıkla dolanılabileceği savunulmaktadır⁸³. Dolayısıyla hâkimin sır saklama sözleşmesinin içeriğini tam olarak tespit ederek ve somut olayın şartlarını değerlendirerek karar vermesi çok büyük önem taşımaktadır⁸⁴.

Yargıtay önüne gelen somut bir olayda sır saklama sözleşmesine bağlı olan bir ceza koşulu açısından, rekabet yasağına ilişkin hükümleri uygulamış olduğu görülmektedir⁸⁵. Söz konusu olayda, iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshedilmiş olması sebebiyle TBK m. 447'nin 2. fıkrası (Mülga BK m. 352/2)

⁸² **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 25; **Sulu**, Ticari Sırların Korunması, s. 95; **Doğan**, s. 210.

⁸³ **Soyer**, s. 16-17; **Doğan**, s. 205.

⁸⁴ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 24; **Doğan**, s. 209.

⁸⁵ Yargıtay 11. HD, 2015/2382 E. , 2015/8070 K. , 10.6.2015 T. sayılı kararı: "*Davalı R.. G.. ile davacı şirket arasında imzalanan 01.06.2008 tarihli sözleşmenin Gizlilik başlığı altında yer alan düzenlemelere göre, çalışanın iş sözleşmesi sona erdikten sonra 2 yıl süreyle sır saklama yükümlülüğünün devam edeceği, bu yükümlülüğe aykırılık halinde cezai şart ödeneneceği kabul edilmiştir. Davalı, iş sözleşmesinin 02.08.2008 tarihinde işveren tarafından haksız olarak feshedildiğini buna yönelik İş mahkemesinde devam eden davanın işbu davada bekletici mesele yapılması gerektiğini savunmuş ise, davalının bu savunması mahkeme tarafından dikkate alınmamıştır. Davalının dosyaya sunmuş olduğu Bakırköy İş Mahkemesinin kararı ve Yargıtay 9. H.D.nin 2013/2670e. 2014/34183k. Sayılı ilamına göre ise; davalının iş sözleşmesinin işveren davacı tarafından haksız yere feshedildiği sabittir.*

818 sayılı Borçlar Kanununun 352. maddesinin 2. fıkrasında, "iş sahibi işçinin feshi muhik gösterecek bir kusuru yok iken akdi feshetmiş yahut iş sahibinin feshi haklı gösteren bir kusuru dolayısıyla akit işçi tarafından feshedilmiş ise, işçi aleyhine memnuniyete muhalefetinden dolayı dava ikame edilemez" şeklinde kurala yer verilmiştir. Anılan hükme göre, davacı işverenin rekabet yasağına aykırılık sebebiyle dava açabilmesi için işçinin kusuru ile haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmiş olması gerekir. Oysa iş sözleşmesinin haksız yere feshedildiği de sabit olduğuna göre; Borçlar Kanunun 352. maddesi hükmü gereği davacı işverenin sözleşmede yer alan sır saklama yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle cezai şart isteğinin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir."

doğrultusunda sır saklama sözleşmesinin de sona erdiğine ve buna bağlı olarak ceza koşuluna hükmedilemeyeceğine karar verilmiştir. Yargıtay'ın bu yaklaşımı öğretide de uygun bulunmuştur ve kanaatimizce de isabetlidir⁸⁶.

II. REKABET YASAĞI İLE KORUNAN VE ÇATIŞAN MENFAATLER

A. İşverenin Korunan Hukuki Menfaati

İşverenin işletmesine ait *know-how* ve *good-will* gibi gayri-maddi malvarlıklarının korunması, işveren açısından çok büyük önem arz etmektedir. Bu unsurlar işverenin piyasadaki rakiplerine üstünlük kurmasını sağlayan faktörlerin başında gelir. İşverenin üretim yöntemleri, müşteri çevresi, işletme organizasyonu ve örgütlenmesi işletmenin başarılı olmasının yolunu açar ve rakipleri karşısında fark yaratmasını sağlar. Bunların rakiplerin eline geçmesi halinde ise işverenin yarattığı fark ortadan kalkacak ve rekabet gücü büyük ölçüde azalacaktır. Dolayısıyla, işverenin işletmesiyle ilgili iş ve üretim sırrı niteliğini taşıyan gayri maddi malvarlıkların korunmasında gerçekten bir hukuki menfaat bulunmaktadır ve işverenin bu konuda hukuk kurallarının izin verdiği ölçüde önlem alması meşru bir durumdur⁸⁷.

İşçi ile işveren arasındaki iş ilişkisi, çoğu zaman işçinin işverene ait iş ve üretim sırrı niteliğindeki gayri-maddi malvarlıklarına nüfuz etmesine olanak sağlamaktadır. Uygulamada çoğunlukla gözlemlenebileceği üzere nitelikli işçiler, üst düzey yöneticiler ve teknik elemanlar, söz konusu ticari sır teşkil eden bu tip bilgilere erişebilecek konumdadırlar. Hatta bazı durumlarda, işçinin ticari sırlara erişimi ve bunları kullanması, iş sözleşmesinden kaynaklanan edimlerini gereği gibi yerine getirebilmeleri için bir gereklilik teşkil etmektedir. Örneğin, bir satış elemanının, işverenin müşteri portföyüne erişimi olmadan, müşterilerle doğrudan iletişime geçmeden iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesinin beklenmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, bazı durumlarda işçinin, ticari sırrı

⁸⁶ Doğan, s. 219-221.

⁸⁷ SAYHAN, İsmet, Rekabet Kavramı ve Haksız Rekabet, Rekabet Yasağı ve Rekabetin Korunması Müesseselerinin Hukuki Temeli, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, Aralık 2013, s. 108; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 11; Güler, s. 324.

bizzat yaratan kişi olması da mümkündür. Misal, bir teknoloji firmasında AR-GE çalışmalarının sürdürülmesinden ve geliştirilmesinden sorumlu bir mühendisin, bu konuda işverenin elindeki mevcut teknik bilgilere erişimi bulunmalı ve bunları kullanarak yeni teknolojik ilerlemeler başarması gerekmektedir. Kısacası, çalışanların iş ilişkisi sırasında işverene ait ticari sırlara ve işverenin gayri-maddi mal varlıklarına erişimi ve iş ilişkisinin sona ermesi halinde işçinin bunları işverenle rekabet edecek şekilde kullanması kaçınılmaz bir biçimde mümkündür. Bu durum özellikle rakip firmalar için çok cazip bir fırsat yaratmaktadır. Rekabet halindeki işletmeler kolaylıkla diğer rakip firmadaki işçilere daha iyi bir teklifte bulunarak onları kendi bünyelerine katabilirler. İşverenin ticari sır niteliğindeki gayri maddi malvarlıklarına yapmış olduğu yatırım ve bunların maddi değeri göz önünde bulundurulduğunda, rakip firma hiçbir yatırım yapmaksızın bu çok değerli sırları sadece söz konusu ticari sır erişimi olan işçiye daha yüksek bir maaş teklif ederek çok daha "ucuza" ele geçirebilecektir. Bu aynı zamanda daha yüksek bir ücret karşılığında rakip firmaya geçecek olan işçi açısından da karlı bir anlaşmadır. Sahip olduğu bu gücün farkında olan bir işçi bunu işverenine karşı bir tehdit olarak kullanmaktan da çekinmeyebilir⁸⁸. Bu itibarla, işçiler rakip işletmenin içeriden ele geçirilmesini sağlayan bir truva atı rolü üstlenebilirler⁸⁹. Bununla beraber işçilerin de elde ettikleri müşteri çevresi veya iş ve üretim sırları hakkındaki bilgileri kullanarak kendi hesabına rakip bir işletme kurarak eski işvereniyle rekabet etmeye başlaması da kuvvetle muhtemeldir. Dolayısıyla, işçilerin işverenle rekabetinin engellenmesinde, işverenin korunmaya değer bir ekonomik menfaati bulunmaktadır⁹⁰.

Hukukumuzda, TBK m. 444'ün 2. fıkrasında “*Rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir.*” denilmek suretiyle rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerliliği için işçinin rekabetinin “işverenin önemli bir

⁸⁸ O'NEILL, Kate, Should I Stay or Should I Go? — Covenants Not to Compete in a Down Economy: A Proposal for Better Advocacy and Better Judicial Opinions, Hastings Business Law Journal, Vol.6.1. 2009, s. 111.

⁸⁹ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 12.

⁹⁰ BASKAN, Esra, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, Aralık 2012, s. 117; Güler, s. 324-325.

zararına sebep olacak nitelikte” olması şart koşulmuştur. İşverenin korunmaya değer menfaati, rekabet yasağına ilişkin verilen Yargıtay kararlarında da yer bulmaktadır. Yargıtay, rekabet yasağı sözleşmesinin amacını; “işçi tarafından işletmede elde edilen bilgilerin kullanılması sonucunda, işverenin rekabet piyasasındaki konumunu tehlikeye düşmekten korumaktır.” şeklinde ifade etmektedir⁹¹. Ancak Yargıtay, her koşulda işverenin rekabet etme gücünü olumsuz etkilenmesini, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli sayılması için yeterli olmadığını, vasıflı çalışanların işten ayrılmasının her zaman işletme açısından olumsuz zararı olabileceğini, bunu hukuka aykırı saymanın veya sözleşme ile yasaklamanın söz konusu olamayacağını belirtmektedir. Dolayısıyla rekabet yasağı sözleşmelerinin, işverenin “önemli” bir zarara uğraması ihtimalinin bulunması halinde geçerli olması gerektiği belirtilmektedir⁹².

Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, rekabet yasağıyla korunan menfaat yine benzer bir biçimde açıklanmaktadır. Alman hukukunda, işverenin haklı ticari menfaatlerinin korunması açıkça rekabet yasağının amacı olarak düzenlenmiştir. Fransız Yargıtay’ınca da (*Cours de Cassation*) rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli kabul edilebilmesi için rekabet yasağının muhakkak işletmenin meşru menfaatlerini korumaya (*à la protection des intérêts légitimes de l’entreprise*) yönelik olması gerektiği belirtilmektedir. Aynı kavram, İsviçre öğretisinde de benimsenmiştir ve rekabet yasağı kaydının ancak yasağın uygulanmasında işverenin haklı bir menfaati (*berechtigt Interesse/intérêts légitimes du patron*) bulunduğu takdirde bağlayıcı olacağı belirtilmektedir.⁹³

Rekabet yasağı sözleşmelerinin ABD'deki uygulamasına baktığımızda, hakimin üç aşamalı bir hakkaniyet testi (*rule of reason*) uyguladığı görülmektedir⁹⁴. Buna göre

⁹¹ **SULU, Muhammed**, Rekabet Yasağı Sözleşmeleri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 2, s. 575-600, 2016, s. 577 (Anılış: **Sulu**, Rekabet Yasağı); aynı yönde bkz. Yargıtay 9. HD, 2010/25792 E., 2013/10539 K. 28.3.2013 T. sayılı kararı.

⁹² **Sulu**, Rekabet Yasağı, s. 577.

⁹³ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 13-14.

⁹⁴ **BISHARA, Norman/ WESTERMANN-BEHAYLO, Michelle**, The Law and Ethics of Restrictions on an Employee’s Post-Employment Mobility", American Business Law Journal, Volume 49, Issue 1, 1–61, 2012, s. 12-13 (Anılış: **Bishara/ Westermann-Behaylo**, 2012); **GOMULKIEWICZ, Robert W.**, Leaky Covenants-Not-to-Compete as the Legal Infrastructure for Innovation, Davis Law Review, Vol. 49:251, 2015, s. 262-263.

hakim, (i) rekabet yasağının kapsamının işverenin menfaatinin koruma amacını aşarak ihtiyaç duyulandan daha geniş olup olmadığını, (ii) işçinin rekabet yasağı yüzünden içinde bulunduğu zorluğu (*hardship*) ve (iii) toplumsal menfaatin zarar görüp görmediğini bir arada değerlendirerek, rekabet yasağının sınırlarının makul olup olmadığı ve rekabet yasağı sözleşmesinin ne ölçüde uygulanması gerektiği yönünde bir karar vermektedir⁹⁵. Bu noktada ABD'de ve Kıta Avrupası hukuku büyük ölçüde benzerlik gösterse de, ABD uygulamasında toplumsal menfaat/kamu menfaati gibi bir kavramın da işverenin menfaatinin sınırlanmasında bir rol oynadığı görülmektedir. Dolayısıyla rekabet yasağı sözleşmelerinin toplumsal refah, çalışma özgürlüğü, emeğin devingenliği (*mobility*), çalışanların maaşları üzerindeki olumsuz etkileri de rekabet yasağı sözleşmelerinin yürürlüğü açısından göz önünde bulundurulmaktadır. Öte yandan, ABD'de yapılan araştırmalarda, rekabet yasağı sözleşmelerinin ekonomik anlamda faydalı olduğuna ilişkin bazı bulgular da mevcuttur. Şöyle ki, bazı araştırmalara göre rekabet yasağı sözleşmesinin mevcudiyeti, işvereni ticari sırların işçi ile paylaşılması yönünde daha rahat hareket etmesini sağlamak ve işverenin gerek AR-GE çalışmalarına ve inovasyonlara gerekse de işçinin eğitimine yatırım yapmasının önünü açmaktadır⁹⁶. Bu da hem işletmenin hem de işçinin gelişimini sağlayan faydalı bir unsur olarak görülmektedir.

Sonuç olarak, rekabet yasağı sözleşmelerinin yapılmasıyla, işverenlerin ekonomik menfaatlerinin korunması amaçlanmaktadır. Rekabet yasağı sözleşmesi sayesinde işverenin, iş ve üretim sırları, *know-how*, *good-will* ve müşteri çevresi gibi gayri-maddi işletmesel malvarlığı değerleri güvence altına alınmış olur⁹⁷. Ancak, işverenin ekonomik menfaatinin rekabet yasağı sözleşmelerinde mutlak bir koruma altında olmadığı ve hem Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde hem de ABD'de gerek işçinin bireysel menfaati gerekse de toplumsal menfaatler dikkate alınarak rekabet yasağı sözleşmelerinin uygulanabilirliğinin sınırlandırıldığı gözlemlenmektedir.

⁹⁵ **Gomulkiewicz**, s. 262-263; aynı yönde bkz. *Natural Organics, Inc. v. Kirkendall*, 860 N.Y.S.2d 142, 143 (App. Div. 2008) ve *Modern Env'ts, Inc. v. Stinnett*, 561 S.E.2d 694, 696 (Va. 2002).

⁹⁶ **CONTI, Raffaele**, Do Non-Competition Agreements Lead Firms to Pursue Risky R&D Projects?, *Strategic Management Journal* 35 (8): 1230-48, 2014, s. 1243; **STARR, Evan**, Consider This: Firm-Sponsored Training and the Enforceability of Covenants Not to Compete, University of Maryland Robert H. Smith School of Business Department of Management and Organization, Working paper, Mayıs 2018, s. 29-30 (Anılış: **Starr**, 2018); ABD Hazine Raporu, s. 8.

⁹⁷ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 14.

B. Rekabet Yasağı ile Çatışan Menfaatler

1. Bireysel Menfaat: İşçinin Çalışma ve Sözleşme Özgürlüğü

Serbest piyasa ekonomisi, sözleşme özgürlüğü prensibine dayanır⁹⁸. Sözleşme özgürlüğünün iş hukukundaki yansıması olarak, çalışma hakkı da temel bir insan hakkıdır ve uluslararası anlaşmalarla da koruma altına alınmıştır⁹⁹. Çalışma hakkı, sosyal ve ekonomik temelli bir haktır. Çalışma hakkı aynı zamanda diğer hakları da etkileyen bir haktır¹⁰⁰ ve özellikle emeğini ortaya koyarak çalışan kesimin, yaşama hakkı ile de yakından bağlantılıdır¹⁰¹. Onurlu bir yaşam sürdürülmesi, bunun için yeterli bir iş imkânına ve buna karşılık uygun bir gelire ve ayrıca insan kişiliğinin gelişmesine olanak sağlayacak bir toplumsal düzen bulunmasına bağlıdır¹⁰². Çalışma hakkı, “çalışma gücünde ve isteğinde bulunan herkesin çalışarak kendisine insanlık onuruna yaraşır bir gelir sağlayabilme hakkı” olarak tanımlanabilir¹⁰³. Özgürce iş edinebilme hakkı da, çalışma hakkı kapsamındadır¹⁰⁴ ve çalışmanın şekli de bütün bu diğer yan hususların çizdiği çerçeve içinde değerlendirilmelidir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 23. maddesine göre, “1-Her şahsın çalışmaya, işini serbestçe seçmeye, adil ve elverişli çalışma şartlarına ve işsizlikten korunmaya hakkı vardır. 2-Herkesin, hiçbir fark gözetilmeksizin, eşit iş karşılığında eşit ücrete hakkı vardır. 3-Çalışan her kimsenin kendisine ve ailesine insanlık haysiyetine uygun bir yaşayış

⁹⁸ Sayhan, s. 103.

⁹⁹ Eren, Borçlar Genel, s. 316-317.

¹⁰⁰ KAYA, Pir Ali / ERTUĞRUL YILMAZER Işın Ulaş, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Çalışma Hakkı, Sosyal Siyaset Konferansları, Sayı: 70, 2016/1, s. 65; insan haklarının bütünselliği konusunda ayrıca bkz. ŞİRİN, Tolga, Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin?, Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikayeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler, Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI Bildirgeler, Petrol-İş Yayını: 119, İstanbul, 2014, s. 344’ten naklen: “İnsan hakları da bir zincirdir. Bu zincirin bazı özellikleri vardır. Bu özellikler, insan haklarının evrensel, birbirleriyle bağımlı, evrimci, karşılıklı ilişkili ve dolayısıyla bütünsel olmasıdır. İnsan hakları öğretisinde kabul gören bu özellikler uluslararası organlarca da tanınmaktadır (Koch, 2001: 30). Mesela BM İnsan Hakları Genel Meclisi’nin 1950 tarihli ve 421(v) sayılı kararında, “medeni ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar karşılıklı ilişkili ve bağımlıdır (...). ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan mahrumiyet, insanın İHEB’de öngörülen ideal özgür insanın gerçekleşmesine engel olacaktır.” denmektedir (Koch, 2009: 1-2)”.

¹⁰¹ Kaya/ Ertuğrul Yılmaz, s. 65.

¹⁰² Kaya/ Ertuğrul Yılmaz, s. 65.

¹⁰³ TALAS, Cahit, Çalışma Hakları ve Türkiye’deki Durum”, AÜSBFD, Cilt: 46, No:1-2, Ankara, 1991, s. 408-409.

¹⁰⁴ Kaya / Ertuğrul Yılmaz, s. 65.

sağlayan ve gerekirse her türlü sosyal koruma vasıtalarıyla da tamamlanan adil ve elverişli bir ücrete hakkı vardır. 4-Herkesin menfaatlerinin korunması için sendikalar kurmaya ve bunlara katılmaya hakkı vardır.”. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin hukuki anlamda bağlayıcılığı tartışmalı olsa da uluslararası hukukun genel prensiplerinin etkisi, bu ilkelerin teamül haline gelmesinden de dolayı göz ardı edilemez¹⁰⁵. Bununla beraber Avrupa Sosyal Şartı’nın¹⁰⁶ birinci bölümünde “1-Herkes, özgürce edinebildiği bir işle yaşamını sağlama fırsatına sahiptir...4- Tüm çalışanların, kendileri ve ailelerine iyi bir yaşam düzeyi sağlamak için yeterli âdil bir ücret alma hakkı vardır... 26- Tüm çalışanlar, onurlu çalışma hakkına sahiptir.” denilmek suretiyle, bu hakların gereği gibi kullanılabilmesi için uygun koşulların yaratılması görevini de akit devletlere yüklemiştir. Avrupa Sosyal Şartı’nın ikinci bölümünün birinci maddesinde “çalışma hakkı” kenar başlığı ile getirilen düzenlemeye göre akit devletler “1-Tam istihdamı gerçekleştirmek amacıyla olabildiğince yüksek ve istikrarlı bir istihdam düzeyine ulaşmayı ve bu düzeyi korumayı başta gelen amaç ve sorumluluklarından biri saymayı; 2-Çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkili bir biçimde korumayı; 3-Tüm çalışanlar için ücretsiz iş bulma hizmetlerini kurmayı ya da sürdürmeyi; 4-Uygun mesleğe yöneltme, eğitim ve rehabilitasyon hizmetlerini sağlamayı ya da teşvik etmeyi; taahhüt ederler.”. Karşılaştırmalı hukuk bağlamında değerlendirildiğinde de, çalışma özgürlüğüne bir çok ülkenin anayasasında temel haklar arasında yer verildiği görülmektedir¹⁰⁷. Sonuç olarak, çalışma hakkı sadece felsefi olarak düşünülmesi

¹⁰⁵ İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nca 10 Aralık 1948 günü kabul edildiğinde, Türkiye de olumlu oy kullanan BM üyesi 48 devletten biridir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin hukuki anlamda bağlayıcılığı konusundaki tartışmalar için bkz. **AYBAY, Rona**, Açıklamalı - İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 113, TBB IHAUM Dizisi: 7, 1. Baskı, Ankara, Aralık 2006, s. 5-10.

¹⁰⁶ Türkiye, Avrupa Sosyal Şartı’nı 18 Ekim 1961 tarihinde imzalamıştır. 16 Haziran 1989 tarih ve 3581 sayılı Onayı Uygun Bulma Kanunu, 4 Temmuz 1989 tarih ve 20215 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹⁰⁷ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 33-34, naklen: “Örneğin Alman Anayasasına göre, her Alman çalışma yerini serbestçe seçme hakkına sahiptir (Art. 12 GG). İşini serbestçe seçme hakkını ilk olarak 1983 yılında düzenleyen Hollanda Anayasası, kanunla gösterilen sınırlamalar saklı kalmak üzere, her Hollandalıya işini serbestçe seçme hakkı (vrije keuze van arbeid) tanınmıştır (art. 19 lid 3 GW). Fransız Anayasası’nın dibacesinde herkesin çalışma ödevi ve bir işte istihdam edilme hakkı bulunduğu belirtilmektedir. Bu çerçevede Fransız öğretisi, çalışma özgürlüğünden açıkça söz etmeyen dibacenin çalışma hakkına işaret ettiğini dile getirmektedir. İsviçre Anayasası’nın girişim ve meslek özgürlüğünü düzenleyen 31. maddesi uyarınca, her vatandaş iş gücünü serbestçe kullanabilir. Eş söyleyişle, vatandaşa diğerleriyle serbestçe rekabet etme hakkı tanınmıştır. Esasen İsviçre Anayasası, bu maddeyle serbest rekabete dayalı ekonomik düzeni güvence altına almakta olup, serbest rekabet kavramına işçinin

gereken bir ilkedir fazlasıdır ve devletler de bu hakkı koruma yükümlüdür. Çalışma hakkının, diğer insan haklarının kullanılması için kaçınılmaz olduğu ve insan onurunun ayrılmaz bir parçası olduğunu da ifade etmek mümkündür¹⁰⁸.

Türk hukuku bağlamında çalışma ve sözleşme özgürlüğü, Anayasa m. 48’de “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” başlığı altında koruma altına alınmıştır ve bu bağlamda anayasal bir haktır. Anayasa m. 48 uyarınca herkes çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olup, dilediği çalışma alanında özel teşebbüsler kurabilir. Dolayısıyla iş ilişkisinin sona ermesinden sonra kural olarak rekabet serbestisi bulunur¹⁰⁹. Böylece, kural olarak, iş sözleşmesi sona eren bir işçi, tamamen kendi takdir ve tercihine bağlı olarak kendi özel teşebbüsünü kurarak bağımsız bir ekonomik faaliyet yürütebileceği gibi başka bir işverene bağımlı bir işçi olarak iş sözleşmesiyle çalışmayı da sürdürebilir. İşçinin, iş sözleşmesini iradi olarak fesih (istifa) hakkı bulunması da çalışma ve sözleşme özgürlüğünün somut bir yansımasıdır¹¹⁰. Aksi durumda, yani işçinin iş sözleşmesini fesih hakkının sınırlanması ve işçinin aynı işveren yanında iş görmeye zorlanması halinde, iş ilişkisinin sürdürülmesinde işçinin iradesi olduğunu savunmak güçtür ve böyle bir ilişki ücretli kölelik olarak değerlendirilebilecektir¹¹¹. Bu anlayışın çalışma hakkı ve özgürlüğü ile bağdaşmayacağı ortadadır. Dolayısıyla, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra, işçilerin rekabet yasağı sözleşmeleri ile bağlı olması, en temel insan haklarından biri olan ve Anayasa ile güvence altına alınmış çalışma hakkı ile ciddi bir çatışma yaratmaktadır. Rekabet yasağı sözleşmelerinin, salt sözleşme özgürlüğü prensibi açısından değerlendirilmesi ve sınırlandırılmaması halinde öğretide kullanılan ve Yargıtay’ın da benimsediği tabirle "kelepçeleme sözleşmesi" haline gelmesi kaçınılmazdır¹¹². Bu nedenle işçilerin çalışma hakkının

bireysel yeteneklerini kullanmasının engellenmemesi de girmektedir. Ayrıca kişi özgürlüğünün korunmasının İsviçre’nin kabul ettiği yazılı olmayan temel haklar arasında yer aldığı ve genel olarak insanın kişiliğine saygıyı güvenceye bağlayan söz konusu hakkın, herkesin ekonomik yaşam içinde becerilerini geliştirme hakkını da içerdiği ifade edilmektedir.”

¹⁰⁸ **GÜLMEZ, Mesut**, Çalışma Özgürlüğü ve Hakkı Açısından Emeğin Evrimi: Ulusal ve Ulusüstü Hukusal Boyutlar Üzerine Düşünceler, Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI Bildirgeler, Petrol-İş Yayını: 119, İstanbul, 2014, s. 95; **Kaya/ Ertuğrul Yılmaz**, s. 62.

¹⁰⁹ **Altay**, s. 180; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 33; **ŞEN, Murat**, İnsan Hakları Bağlamında Çalışma Hakkı, MÜHFD, C. II, S. 2, 2013 s. 17.

¹¹⁰ **NAZLI, Seçkin**, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemelerinin İş Hukukuna Etkileri, Seçkin Yayınevi, Ankara, Ekim 2015, s. 44; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 34.

¹¹¹ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 34.

¹¹² **Nazlı**, s. 47; Yargı kararlarında rekabet yasağı sözleşmelerinin, kelepçeleme sözleşmesi olarak görülmesi hakkında örnek olarak bkz. Yargıtay 11. HD., 2015/3044 E., 2015/8052 K., 10.6.2015 T.

zedelenmemesi için rekabet yasağı sözleşmelerinin sınırsız bir özgürlük içinde yapılması mümkün olmamalıdır.

Rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerli olarak kurulması için işçinin kabul ve iradesinin bulunması gerektiğine dair kuşku yoktur. Zira sözleşme özgürlüğü ilkesi esasen tarafların herhangi bir irade sakatlığının bulunmadığı ve tarafların iradelerinin tam olarak uyuştugu varsayımına dayanmakta ve ancak o zaman bir anlam ifade etmektedir. Bu itibarla, iş ilişkisinden sonra işvereniyle rekabet etmemeyi kabul eden işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasına verdiği rızanın mahiyeti önem taşımaktadır. Gerçekten de, işçi ve işveren arasında imzalanan rekabet yasağı sözleşmesinin, eşitler arasında imzalanan bir sözleşme olmadığını göz önünde bulundurmak gerekir¹¹³.

İşçi neredeyse her zaman ekonomik gücünün yetersiz olması sebebiyle, yaşamını sürdürebilmesi için düzenli bir ücret geliri elde etmek zorundadır ve işçinin ücret almaya bağımlı olması öğretide işçinin "ekonomik bağımlılığı" olarak ifade edilmektedir¹¹⁴. Zira, işçinin diğer alternatifi işsiz kalmaktır. Öte yandan, işveren üretim araç ve varlıklarını elinde bulundurduğundan, işçiye ekonomik anlamda bağılı değildir. Elbette, işyerinin faaliyetlerini sürdürmesi açısından emek zorunlu bir unsur olsa da, bireysel anlamda bir işçinin benzer özelliklere sahip başka bir işçiyle ikame edilmesi son derece kolaydır. Günümüzdeki ekonomik koşullarda işverenlerin istihdam edecek çalışan bulamamasından ziyade, artan bir işsizlik ve kenarda bekleyen

sayılı kararı: "... davacı ile davalı Saniye arasında akdedilen sözleşmenin rekabet yasağını düzenleyen 8. maddesinin bir rekabet etmeme koşulu değil, kelepçeleme sözleşmesi niteliğinde olup, davalının ekonomik özgürlüğünü kısıtlayan bir hüküm olduğu..."; Yargıtay 11. HD., 2016/2751 E. , 2017/1589 K. , 16.3.2017 T. sayılı kararı: "Uygulamada daha çok, hizmet sözleşmeleri, işletme devir sözleşmeleri ve ortaklık (şirket) sözleşmeleriyle beraber imzalanan ve sözleşme ilişkisi bitikten sonra etki göstermesi beklenen, doktrinde "kelepçeleme sözleşmeleri" olarak da nitelenen "rekabet yasağı sözleşmeleri" (Akın Ünal, Kelepçeleme Sözleşmeleri, Adalet, 2013, ...), somut olaydaki işçi-işveren ilişkileri bakımından 6098 S. TBK'nın 444 vd. (818 S. BK 348 vd.) maddelerinde düzenlenmiştir."; Yargıtay 11. HD., 2014/10123 E. , 2015/6917 K. , 14.5.2015 T. sayılı kararı: "Dairemizce, diğer temyiz itirazları reddedilerek yalnızca davaya dayanak yapılan taahhütnamenin kelepçeleme amaçlı olması, kişi hak ve özgürlüklerine aykırı bulunması vakıaları ile ilgili denetime elverişli bir değerlendirme yapılması gerekçesiyle bozulmuştur. Bozma ilamına uyan mahkemece, 23.01.2004 tarihli taahhütnamenin kelepçeleme amaçlı olduğu, kişi hak ve özgürlüklerine aykırı bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir."

¹¹³ Süzek, İş Hukuku, s. 14-15; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 34; Güleriyüz, s. 326.

¹¹⁴ Süzek, İş Hukuku, s. 14 / s. 26; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 35.

bir işgücü sorunu söz konusudur. Bu itibarla işçinin sözleşme özgürlüğü, işçinin özel yetenekleri olduğu istisnai haller dışında, *de facto* olarak sınırlıdır¹¹⁵. Bu nedenle de işveren, sözleşme görüşmeleri sırasında iş sözleşmesinin şartlarını dayatma gücüne sahiptir.

İş sözleşmelerinin tarafları arasında, eşitler arasında gerçekleşen bir sözleşme müzakeresi bulunmamaktadır¹¹⁶. Rekabet yasağı sözleşmesi, çoğunlukla iş sözleşmesinin içeriğinde bir rekabet yasağı kaydı olarak yer alır ve işçinin önüne diğer şartlarla beraber getirilir. Aynı zamanda, bunun koşulları işveren tarafından tek taraflı olarak belirlenmiş ve hazırlanmış olur. Bunun tersi ancak, çok istisnai hallerde, çalışanın çok nitelikli ve yüksek düzey bir çalışan olması halinde mümkün olabilir. Bu durumlarda, söz konusu çalışanlar yüksek ölçüde ekonomik bağımsızlık elde etmiş olabilirler. Ancak, bu gibi istisnalar, işçilerin pazarlık gücünden yoksun olduğu yönündeki ön kabulü değiştirmemelidir. Zira uygulamada, tek taraflı olarak hazırlanmış bir “tip sözleşme”, “ya hep, ya hiç” anlayışıyla işçilerin önüne konmaktadır ve işçinin önerilen sözleşmeyi bir bütün olarak olduğu gibi kabul etmeye zorlanması söz konusudur¹¹⁷.

Ayrıca, işçinin iş sözleşmenin kurulması anında, rekabet yasağının hüküm ve koşulların içeriğini ve sonuçlarını tam olarak kavrayıp öngörmesi de beklenemez¹¹⁸. İşverenlerin, iş sözleşmesini tasarlayan ve hazırlayan taraf olarak, avukatlardan hukuki danışmanlık alması beklenmedik bir durum değildir. Böylece rekabet yasağı sözleşmesinin koşullarını, bilinçli bir şekilde irdeleyebilir ve kendi menfaatlerine aykırılık teşkil etmeyecek şekilde düzenlemeler getirebilirler veya en azından iradelerini doğru bir şekilde bilgilendirilmiş olarak sözleşmeye yansıtabilirler. Buna karşın, işçilerin hukuki uzmanlık gerektiren bir konuda tek başına bilgi sahibi olması, sözleşme koşullarını ve bunların sonuçlarını doğru şekilde anlayarak iradesini sözleşmeye yansıtması beklenmedik bir durum olur. Önceliği ekonomik kaygılar

¹¹⁵ Süzek, İş Hukuku, s. 14-15; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 35.

¹¹⁶ Süzek, İş Hukuku, s. 14-15.

¹¹⁷ Bishara/ Westermann-Behaylo, 2012, s. 26.

¹¹⁸ Bishara/ Westermann-Behaylo, 2012, s. 26.

sebebiyle bir an önce işe başlamak olan işçi, sözleşmenin kurulması anında rekabet yasağı kaydının niteliğini ve önemini düşünemez¹¹⁹.

Bununla birlikte, rekabet yasağı sözleşmesinin, iş ilişkisinin kurulması anında değil de, iş ilişkisi sırasında kararlaştırıldığı durumda işçinin mutlak bir şekilde özgür iradeye sahip olduğunu savunmak da güçtür. Zira işveren ile işçi arasında bağımlılık ilişkisi bulunduğu ve işçi işverenin gözetimi altında talimat alarak çalıştığından, işverenin üstünlüğünü kullanarak işçiye rekabet yasağı sözleşmesini dayatması mümkündür. Aynı sorun iş sözleşmesinin sona ermesi halinde dahi mevcuttur. Uygulamada işverenlerin, iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı olarak işçinin hak kazandığı tazminatları (kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kullanılmamış yıllık izin ücreti vb.) ödemek karşılığında, rekabet yasağı sözleşmelerini dayattığı dahi görülmektedir¹²⁰. Bu gibi durumlarda işçinin serbest iradesiyle rekabet yasağı sözleşmesini imzaladığını savunmak mümkün değildir¹²¹.

Amerika'da yapılan araştırmalarda da yukarıda bahsi geçen hususları destekleyen tespitler yapılmıştır. Yapılan bir araştırmanın sonucunda işçilerin yaklaşık %70'inden, iş teklifini kabul ettikten hemen sonra rekabet yasağı sözleşmesi imzalamaları istendiği saptanmıştır¹²². Yani rekabet yasağı sözleşmesi işçinin diğer iş tekliflerini reddetmesinin ardından, işveren karşısında pazarlık gücünü kaybettiği bir anda bilhassa karşısına çıkarılmaktadır. Ayrıca bu durumda işçilerin sadece yaklaşık

¹¹⁹ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 36.

¹²⁰ Doğan, s. 86.

¹²¹ Yargıtay'ın önüne gelen yakın tarihli benzer bir olayda, işçiye kıdem tazminatı ödemesinin yapılması için rekabet yasağı sözleşmesini imzalaması şart koşulmuştur. Ankara 6. Asliye Ticaret Mahkemesi'nce işçinin serbest iradesi ile rekabet sözleşmesini imzalamamış olması sebebiyle rekabet yasağı sözleşmesi geçerli kabul edilmemiştir ve ilgili karar Yargıtay'ca onanmıştır: "...sözleşmenin ve taahhütnameinin imzalandığı 20.1.2011 tarihinde davalının iş akdi tazminatı ödenmek suretiyle feshedilmiş olup imzalatılmış olan bu belgeler karşılığında kıdem tazminatının ödendiği ve dolayısıyla sözleşme ve taahhütnameinin tazminat ödeme şartı olarak imzalatıldığı, davalının serbest iradesi ile imzalanmadığı, davacının iş akdinin feshi haklı bir sebebe dayanmadığından BK'nın 447. maddesine göre rekabet yasağı sona ermiş olup cezai şart sözleşme hükmünün geçerli olmadığı, cezai şartın fahiş olduğu, sözleşmenin genel işlem şartı niteliğinde olduğu, ayrıca davalının davacı şirket ile ticari ilişki içinde bulunan firmalarla ilişkisi, gerek ilgili firmaların beyanları gerekse ticari defter ve kayıtlarından tespit edilmediğinden sözleşme hükümlerine göre cezai şartı gerektirir bir rekabet durumunda söz konusu olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir." (Yargıtay 11. HD, 2015/8627 E., 2016/6912 K., 22.06.2016 T.)

¹²² MARX, Matt, The Firm Strikes Back: Non-compete Agreements and the Mobility of the Technical Professionals, American Sociological Review 76 (5): 695–712, 2011, s. 706 (Anılış: Marx, 2011).

%10'unun hukuki danışmanlık olarak rekabet yasağı sözleşmelerini imzaladığı saptanmıştır¹²³. İşverenlerin sözleşme müzakerelerini stratejik bir şekilde yönelttikleri yönündeki bu bulgular oldukça çarpıcıdır.

Bununla beraber işçinin, özellikle Türk hukukundaki haliyle yalnızca çalışana borç yükleyen bir sözleşme olması sebebiyle, rekabet sözleşmesine önceden iradi olarak rıza vermiş olduğunu savunabilmek de mantiken güçtür¹²⁴. Çünkü rekabet yasağı bu haliyle sadece işverenin menfaatini korurken çalışana hiçbir menfaat sağlamamaktadır. Hatta tam da bunun aksine, çalışanın çalışma özgürlüğü kısıtlamakta, emeğini istediği ve tecrübeli olduğu alanlarda kullanmasını engellemekte, yetenek ve tecrübesini kaybetmesine yol açmakta, kişisel gelişimini sekteye uğratmaktadır. Gerçekten de rekabet yasağı sözleşmesiyle bağlı olan çalışanlar, kendi alanlarını terk etmeye ve başka iş alanlarına yönelmeye zorlanmaktadır¹²⁵. Bu da çalışanın tecrübesiz olduğu bir alanda, muhtemelen daha düşük bir ücretle çalışması, daha iyi imkân ve fırsatları kaçırmaya anlamına gelmektedir¹²⁶.

Özetle, rekabet yasağı sözleşmeleri işçinin bireysel menfaati ile ciddi bir çatışma içindedir. İşçinin, rekabet yasağı sözleşmelerini kabul ederken mutlak bir iradi özgürlüğü olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Bu itibarla, temel insanlık haklarından biri olan çalışma ve sözleşme özgürlüğü kısıtlanmaktadır.

2. Toplumsal Menfaat: Serbest Piyasa Ekonomisi, Ekonomik Büyüme ve İnovasyonlar

Serbest piyasa ekonomisinin temelini oluşturan kurallardan biri rekabetin de serbest olması ve sınırlanmamasıdır¹²⁷. Devletler rekabeti engelleyen her türlü sınırlamayla mücadele etmekte ve buna ilişkin düzenlemeler getirmektedir. İşçi ile

¹²³ **MARX, Matt**, Reforming Non-Competes to Support Workers, The Hamilton Project, Policy Proposals, Şubat 2018, s. 7 (Anılış: **Marx**, 2018).

¹²⁴ **Güleryüz**, s. 327.

¹²⁵ **Marx**, 2011, s. 696.

¹²⁶ **Marx**, 2011, s. 696; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 35.

¹²⁷ **Sayhan**, s. 113-114.

işveren arasındaki rekabet yasağı sözleşmeleri de rekabete dayalı serbest piyasa ekonomisinde, rekabeti sınırlayıcı bir etki gösterdiğinden, sistemin özüyle bağdaşmamaktadır¹²⁸.

Serbest piyasa ekonomisinde, iş gücünün serbest dolaşımının sağlanması önemli bir gerekliliktir. Ayrıca, bununla bağlantılı olarak, girişim özgürlüğü de serbest piyasa ekonomisinin önemli bir ilkesidir. Ancak rekabet yasağı sözleşmeleri, işgücünün serbest dolaşımını engellediği gibi¹²⁹, hem işverenler hem de işçiler açısından girişim özgürlüğünün sınırlanmasına yol açmaktadır¹³⁰. Bu itibarla rekabet yasağı sözleşmeleri bir sosyal maliyet (*social cost*) yaratmaktadır¹³¹. Gerçekten de rekabet yasağı sözleşmelerinin, işçilerin diledikleri yerde çalışmasını engeller nitelikte olduğu ve işgücünün özgürce dolaşımını engellediği gözlemlenmektedir¹³². Hâlbuki hem yeni işletmelerin oluşturulması, hem de mevcut işletmelerin büyüyüp gelişebilmesi için nitelikli işgücüne ihtiyaç duyulmaktadır. Fakat rekabet yasağı sözleşmeleri sebebiyle, belirli bir işverenin ticari menfaatini korumak adına, nitelikli işgücünün işletmeler arasında yer değiştirmesi engellenmektedir. Ayrıca, nitelikli işçilerin işverenden ayrılıp yeni işletmeler kurmasının önüne de bir bariyer konmaktadır.

İşçilerin, emeğinin gerçek karşılığını – yani piyasa değerini – ücret olarak elde edebilmesi için de işgücünün serbest dolaşımda bulunması bir gerekliliktir. Gerçekten de rekabetin sınırlanmadığı bir ekonomide, rakip işverenlerin daha yüksek ücretler teklif ederek diğer işletmelerden nitelikli işçileri transfer etmesi olağan karşılanması gereken bir durumdur ve rekabetin bir parçası olarak kabul edilmelidir. Zira işgücü ekonomik değeri olan bir unsurdur ve serbest piyasa ekonomisi içinde bu unsurun ona en çok değeri veren kişiye aktarılması temel bir kuraldır. Bundan da hem işçiyi transfer eden işletme, hem de transfer edilen işçi ciddi bir menfaat sağlamaktadır. Böylece

¹²⁸ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 36; **Güleryüz**, s. 325.

¹²⁹ Michigan Eyaleti'nde rekabet yasağı sözleşmelerinin yasak olmasına ilişkin kuralın kaldırılarak, rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerli olarak kararlaştırılabileceğinin kabul edilmesinin ardından iş gücünün dolaşımında meydana gelen çarpıcı azalmaya ilişkin analizler için bkz. **MARX, Matt/ STRUMSKY, Deborah / FLEMING, Lee**, Mobility, Skills, and the Michigan Non-Compete Experiment, *Management Science* 55 (6): 875–89, 2009.

¹³⁰ **Marx**, 2018, s. 10.

¹³¹ **Güleryüz**, s. 325.

¹³² **GARMAISE, Mark**, Ties That Truly Bind: Noncompetition Agreements, Executive Compensation, and Firm Investment", *Journal of Law, Economics and Organization*, 2011, s. 32.

işçiyi transfer eden işletme transfer ettiği nitelikli iş gücü ile piyasada rekabet gücünü arttıracak, işletmesini büyütüp geliştirecek ve rakiplerine karşı üstünlük kurabilecektir¹³³. Transfer edilen işçi açısından baktığımızda da, işçi daha iyi bir ücret ve çalışma koşulları altında yeni işverenin yanında çalışmaya devam edecektir. Hatta rekabetçi bir piyasada salt işçinin bu şekilde transfer edilmesi ihtimalinin bulunması dahi işçinin çalışma koşullarının iyileşmesini sağlayacaktır. Zira nitelikli işçilerin rakip işletmeye transfer olması ihtimaline karşı, işverenler işçilerinin ücretlerini artırmak veya çalışma koşullarını iyileştirerek işten ayrılmasını önlemeye çalışacaktır. Buna karşın rekabet yasağına tabi işçilerin, işten ayrıldıktan sonra kendi uzmanlık alanlarının dışında başka iş alanlarına kaymak zorunda kaldıkları ve tecrübe ve yeteneklerini kullanamadıkları alanlarda çalışmaları sebebiyle de almaları gerekenden daha düşük ücretler alarak çalıştıkları görülmektedir¹³⁴. Özellikle üst düzey yöneticilerin maaşları açısından yapılan analiz ve karşılaştırmalarda, ABD'nin rekabet yasağı sözleşmelerinin uygulamasının yasak olduğu veya çok sınırlı bir biçimde uygulandığı eyaletlerdeki çalışanların ücretlerinin, rekabet yasağı sözleşmelerinin uygulanabilir olduğu eyaletlerdeki çalışanların ücretlerine kıyasen daha yüksek olduğu saptanmıştır¹³⁵.

Rekabet yasağı sözleşmelerinin, işverenlerin AR-GE yatırımları yapması üzerinde olumlu etkileri olduğuna dair bazı bulgular mevcut olsa da¹³⁶; AR-GE çalışmalarına önyak olan unsurun rekabet yasağı sözleşmeleri olmadığı ve rekabet yasağı sözleşmelerinin yasak olduğu Kaliforniya Eyaleti'nde bulunan Silikon Vadisi'ndeki çok büyük projelerin ve gelişmelerin bunu açıkça ortaya koyduğu da ileri sürülmektedir¹³⁷. Aksi durumda, bütün teknoloji şirketlerinin Silikon Vadisi'nden ayrılması ve rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerli olduğu diğer eyaletlerde AR-GE faaliyetlerini sürdürmesi beklenirdi¹³⁸. Bununla birlikte, genç yeteneklerin rekabet yasağı sözleşmelerinin geçersiz olduğu bölgelere akın ettiği gözlemlenmektedir¹³⁹.

¹³³ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 37.

¹³⁴ Marx, 2011, s. 702-705.

¹³⁵ Garmaise, 2011, s. 32.

¹³⁶ Conti, s. 1243.

¹³⁷ Marx, 2018, s. 9.

¹³⁸ Marx, 2018, s. 9.

¹³⁹ MARX, Matt/ SINGH, Jasjit/ FLEMING, Lee, Regional Disadvantage? Employee Non-Compete Agreements and Brain Drain, Research Policy, 44 (2): 394–404, 2015, s. 403.

Ayrıca rekabet yasağı sözleşmelerinin daha az uygulanabilir olduğu eyaletlerde, bilginin paylaşılması ve yayılması açısından daha geri kaldığına ilişkin de bulgular elde edilmiştir¹⁴⁰. Yetenekli iş gücünün ve bilginin aynı şirketin içerisinde kalmasından mevcut işverenin önemli bir fayda sağlayacağından kuşku duyulmasa da bundan toplumsal menfaatin büyük ölçüde zedelendiği ve aslında ekonominin bütününe bakıldığında toplam zararın daha büyük olduğu ifade edilmektedir¹⁴¹.

Bunun yanı sıra girişimciliğin engellenmesi, belki daha da başarılı olabilecek yeni işletmelerin oluşturulması önünde ciddi bir engel teşkil etmektedir. Hatta işverenlerin nitelikli iş gücünü kendisine bağlaması, o sektörde hâkim duruma gelmelerine ve tüketicilerin de bu durumdan zarar görmesine sebebiyet verebilecektir¹⁴². ABD'de yapılan ekonomik analizlerde rekabet yasağı sözleşmelerinin girişimcilik üzerindeki olumsuz etkileri göze çarpmaktadır. Rekabet yasağı sözleşmelerinin yasak olduğu eyaletlerde yeni kurulan şirketlerin sayısının daha fazla olduğu ve bunlara yapılan yatırımların daha yüksek olduğu gözlemlenmektedir¹⁴³. Doğal olarak, rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerli olduğu eyaletlerde çalışanların, kendi uzmanlık alanlarında eski işverenlerine rakip olabilecek yeni şirketler kurmadığı tespit edilmektedir¹⁴⁴. Ayrıca rekabet yasağı sözleşmeleri sebebiyle yeni kurulan şirketlerin yetenekli işgücünü transfer edemediğinden, bunların gelişmesi ve ayakta kalması zorlaşmaktadır¹⁴⁵. Zira bir şirketin gelişmesi için yetenekli işgücü gerekmektedir ve bunun temin edilebileceği birincil kaynak, rakip şirketlerin bizatihi kendisidir¹⁴⁶. Yeni kurulan şirketlerin başarısında özellikle transfer edilen üst düzey yöneticilerin bireysel başarılarının çok ciddi bir rol oynadığı da gerçeği de göz önünde bulundurulduğunda, rekabet yasağı sözleşmelerinin olumsuz etkisi daha da dikkate değer bir hale gelmektedir¹⁴⁷. Öte yandan, birçok yazar Silikon Vadi'sinin

¹⁴⁰ **BELENZON, Sharon/ SCHANKERMAN, Mark**, Spreading the Word: Geography, Policy, and Knowledge Spillovers, *Review of Economics and Statistics*, 95 (3): 884–903, 2013, s. 26.

¹⁴¹ **Marx**, 2018, s. 10.

¹⁴² **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 37.

¹⁴³ **SAMILA, Sampsa/ SORENSON, Olav**, Noncompete Covenants: Incentives to Innovate or Impediments to Growth, *Management Science*, 57 (3): 425–38, 2011, s. 436.

¹⁴⁴ **STARR, Evan/ BALASUBRAMANIAN, Natarajan / SAKAKIBARA, Mariko**, Screening Spinouts? How Noncompete Enforceability Affects the Creation, Growth, and Survival of New Firms, *Management Science*, Ocak 2017, s. 29-30 (Anıls: **Starr/ Balasubramanian/ Sakakibara**, 2017).

¹⁴⁵ **Starr/ Balasubramanian/ Sakakibara**, 2017, s. 29-30.

¹⁴⁶ **Marx**, 2018, s. 10.

¹⁴⁷ **Marx**, 2018, s. 10.

yaratıcılık ve inovasyon merkezi haline gelmesinin en büyük nedeninin, rekabet yasağı sözleşmelerinin yasaklanmasıyla yaratılan hukuki altyapı olduğunu ileri sürmektedir¹⁴⁸. Bazı yazarlar, rekabet yasağı sözleşmeleri tamamen yasaklanmasını gerekli görmeseler de rekabet yasağı sözleşmelerinin söz konusu olumsuz etkilerini kabul etmektedir ve rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerliliğinin büyük ölçüde sınırlandırıldığı durumlarda inovasyonların gelişimi için daha uygun bir hukuki altyapı kurulabileceğini savunmaktadır¹⁴⁹.

Sonuç olarak, rekabet yasağı sözleşmelerinin olumsuz etkileri birey olarak sadece sözleşmenin tarafı olan işçinin üzerinde değil, aynı zamanda toplumun menfaatleri üzerinde de kendini göstermektedir.

C. Rekabet Yasağı Düzenlemeleriyle Bireysel ve Toplumsal Menfaatin Korunması

1. Rekabet Yasağı Sözleşmelerinin Anayasal Çalışma ve Sözleşme Özgürlüğü Bağlamında Değerlendirilmesi

Rekabet yasağı sözleşmelerinin tamamen yasaklanması veya sınırlandırılması hususu, öncelikle anayasaya aykırılık bağlamında değerlendirilmelidir. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, işçinin anayasal hakkı olan çalışma özgürlüğünü kısıtlayan rekabet yasağı sözleşmelerinin anayasaya aykırılığı yönündeki iddialara itibar edilmediği görülmektedir¹⁵⁰. Alman Federal İş Mahkemesi, rekabet yasağı sözleşmelerinin Alman anayasasında güvence altına alınmış olan işyerini serbestçe seçme hakkına aykırılık teşkil edip etmediğine ilişkin yaptığı değerlendirmelerde, söz konusu itirazları kabul etmemiştir¹⁵¹. Sonrasında Alman hukukunda rekabet yasağının geçerlilik şartı olarak işverenin karşı ediminin tüm çalışanlar bakımından zorunlu kılınmasıyla beraber anayasaya aykırılık yönündeki itirazlar ve öğretideki tartışmalar

¹⁴⁸ **GILSON, Ronald J.**, The Legal Infrastructure Of High Technology Industrial Districts: Silicon Valley, Route 138, And Covenants Not To Compete, New York University Law Review, Vol. 74, No. 3, Haziran 1999, s. 627-629; **Marx**, 2018, s. 9.

¹⁴⁹ **Gomulkiewicz**, s. 299.

¹⁵⁰ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 38 - 39.

¹⁵¹ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 39.

neredeysse tamamen ortadan kalkmıştır. Böylece Alman doktrinde, işverene karşı edim borcu yüklenmesiyle taraflar arasındaki menfaatlerin korunmasında bir denge sağlandığı, işçinin çalışma özgürlüğünün hakkaniyetli bir şekilde sınırlandırıldığı görüşü hâkim görüş haline gelmiştir¹⁵². Hollanda öğretisinde ise hâkim görüş, rekabet yasağı sözleşmelerine ilişkin kanun hükmünün, Hollanda anayasasında yer alan çalışma özgürlüğüne ilişkin normu ihlal ettiği yönündedir¹⁵³. Hollanda doktrinde, bazı yazarlar rekabet yasağı sözleşmelerinin tamamen yasaklanması gerektiğini savunmaktadır¹⁵⁴. Diğer bir görüşe göre çalışma özgürlüğü bu kadar mutlak değildir ve özel hukuk ilişkilerinde temel hakların sınırlandırılması mümkündür¹⁵⁵. Hollanda mahkemelerinin, bu ikinci görüşü benimsediği ve rekabet yasağı sözleşmelerinin anayasaya aykırı olmadığı yönünde kararlar verdiği görülmektedir¹⁵⁶. Hollanda Yargıtayı, *Kolkman/Cornessie*¹⁵⁷ ilke kararında temel hakların da sözleşme özgürlüğünün de mutlak olmadığını ortaya koymuştur. Bu kararda işverenin işçiyle rekabet yasağı sözleşmesi akdetme hakkına sahip olduğu, fakat kanun koyucunun bu sözleşmenin yapılmasında işverenin önemli boyutta bir menfaatinin bulunmasını gerekli kılarak işverenin bu özgürlüğünü sınırlandırdığı vurgulanmıştır. Bununla beraber, çalışma özgürlüğüne dair anayasa hükmü, Hollanda mahkemeleri nezdinde rekabet yasağı sözleşmelerine ilişkin uyumsuzluklarda dikkate alınmakta ve tarafların menfaat dengesinin gözetilmesinde önemli bir rol oynamaktadır¹⁵⁸. Hollanda yargı kararlarında somut olayın özelliklerine ve taraflar arasındaki menfaat dengesine dikkat

¹⁵² Alman doktrine ilişkin kaynaklar için bkz. **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 39.

¹⁵³ Hollanda doktrine ilişkin kaynaklar için bkz. **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 39.

¹⁵⁴ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 41. Bu görüşün temelinde çalışma özgürlüğünün uluslararası sözleşmeler ve Hollanda Anayasası tarafından güvence altına alınmış temel bir hak olması yatmaktadır ve haksız rekabet bulunması halinde rekabetin sınırlandırılması kabul edilmektedir.

¹⁵⁵ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 41.

¹⁵⁶ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 39'dan naklen: Arnhem İstinaf Mahkemesi nezdinde rekabet yasağı sözleşmesinin anayasaya aykırılığını ileri süren bir işçinin itirazı şu gerekçeyle kabul görmemiştir: "...Yukarıda adı geçen uluslararası sözleşme hükümleri ve Anayasa'nın 19/3. maddesi bu düzenlemelerden doğan hakların (çalışma hakkı ve adil çalışma koşulları) sözleşmeyle kısıtlanmasına engel sayılmaz. Kanun koyucu rekabet yasağını kanunla düzenleyerek çalışma özgürlüğüyle işverenin işletmesel menfaatlerinin korunması arasındaki çatışmayı ortadan kaldırmayı amaçlamıştır..." (Hof Arnhem 21.9.2009, LJN BJ4525). Aynı yönde, Amsterdam Sulh Hukuk Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda rekabet yasağı sözleşmesinin "işçinin mesleğini seçme özgürlüğünü ortadan kaldırmadığı ve işçinin bir başka işverene transferini kısıtlayıcı yasal önlemlerin taraflarca benimsenmesinden ibaret olduğu gerekçesine dayanarak Hollanda Anayasası'nın 13/2. maddesinin somut uyumsuzlukta uygulanamayacağına" hükmetmiştir. (Ktr. Amsterdam 28.4.1992, JAR 1992/45).

¹⁵⁷ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 41'den naklen (HR 1.7.1997, JAR 1997/201).

¹⁵⁸ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 40'tan naklen: Arnhem Mahkemesi'nin bir kararında, herkesin kendisini geliştirme hakkının anayasa ile güvence altına alınan çalışma özgürlüğü ile ilişkili olduğuna karar verilmiştir (Vzr. Rb. Arnhem 26.11.2009, LJN BK 6621).

edilirken, hem işveren ve hem de işçi açısından hangi hususlara dikkat edilmesi gerektiği ortaya konmuştur¹⁵⁹. İşveren açısından değerlendirme yapılırken işçinin rekabetinin işverenin işletmesine verebileceği zarar, işçi tarafından kullanılabilecek bilginin özelliği ve kullanılmasının işverenin işletmesi üzerinde yol açabileceği olumsuz etkisi, işveren tarafından işçinin eğitimi ve gelişimi ile ilgili yapılan yatırımlar, iş ilişkisinin işçi tarafından sonlandırılıp sonlandırılmamış olması önem arz etmektedir¹⁶⁰. Öte yandan işçi açısından menfaatler gözetilirken, anayasal temel hak olan çalışma özgürlüğünün ne ölçüde sınırlandırıldığı, işçinin kendini geliştirmesinin veya eşdeğer başka bir iş çevresi bulmasının engellenmesi gibi hususlar ön plana çıkmaktadır¹⁶¹.

Türk hukuk öğretisinde rekabet yasağı sözleşmelerinin uluslararası sözleşmelere ve anayasal temel haklara aykırı olduğu görüşü isabetli bulunmamaktadır¹⁶². Zira, iş hukukunda işçinin korunması temel bir ilke olmakla beraber, işletmenin korunmasında işçinin de menfaati vardır. İşletmenin müşteri çevresi ve iş sırları gibi gayri maddi unsurlarını yitirmesiyle beraber işletmenin kapanması veya küçülmesi tehlikesi varsa, bu durumdan o işletmede çalışan bütün işçiler zarar görebilecektir. Ayrıca işçi lehine getirilen yasal düzenlemelerle rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliğinin de bazı koşullara bağlandığı ve kullanımının sınırlandırıldığı da göz ardı edilmemelidir. Dolayısıyla, işçinin çalışma özgürlüğü ile işverenin işletmesel ve ekonomik

¹⁵⁹ Den Bosch İstinaf Mahkemesi tarafından verilen bir kararın gerekçesinde taraflar arasındaki menfaat dengesi gözetilirken dikkat edilmesi gereken hususlar detaylı bir biçimde irdelenmiştir. **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 40'tan naklen: "...Menfaatlerin karşılaştırılmasında işveren açısından önemli olan, işletmesinin işletmesel menfaatlere zarar verebilecek rekabete karşı korunmasıdır. Burada işçinin sahip olduğu ve potansiyel rakip işletmenin piyasada hakim konuma gelmek veya pozisyonunu güçlendirmek amacıyla kullanabileceği bilginin özelliği, işverenin işçinin eğitimi ve uzmanlaşması için yaptığı yatırımlar, iş ilişkisinin uzun sürmesi ve iş ilişkisinin işçinin inisiyatifiyle sona ermesi gibi faktörler belirleyici bir rol oynamaktadır. Menfaatlerin karşılaştırılmasında işçi yönünden şu unsurlar ağır basmaktadır: Anayasa'nın 19/3. maddesinde düzenlenen işini serbestçe seçme özgürlüğüne ilişkin temel hak, pozisyonunu önemli ölçüde iyileştirme olanağı, rekabet yasağı kaydının tavizsiz bir biçimde uygulanması halinde yeni işini kaybetme riski, kendini geliştirmeye yönelik menfaati, çalıştığı işyeri dışında eş değer bir iş çevresi bulmasının engellenmesi..." (Hof Den Bosch 16.9.2008, LJN BG1080).

¹⁶⁰ Arnhem İstinaf Mahkemesi başka bir kararında anayasal çalışma özgürlüğünü vurgulamış ve salt işçilerin işverene bağlı kalması amacıyla yapılan rekabet yasağı kayıtlarının çalışma özgürlüğü ile bağdaşmadığı yönünde karar vermiştir. **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 40'tan naklen: "...söz konusu rekabet yasağı kaydının salt başarılı işçileri işyerine bağlama amacını hayata geçirmek amacıyla kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Bu amaç Hollanda Anayasası'nın 19/3. maddesinde ifadesini bulan çalışma özgürlüğüyle bağdaşmamaktadır..." (Hof Arnhem 24.7.2007, JAR 2007/207).

¹⁶¹ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 40, bkz. Hof Den Bosch 16.9.2008, LJN BG1080.

¹⁶² **Soyer**, s. 24; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 42.

menfaatleri arasındaki dengenin gözetildiği durumda rekabet yasağı sözleşmelerinin anayasaya aykırılığı iddiasını savunmak yersiz olacaktır. Bu noktada özellikle Kıta Avrupası hukukunda, çalışma özgürlüğüne getirilen sınırlamanın, işverene yüklenen karşı edim borcu ile dengelenmesinin hakkaniyetli bir durum olarak kabul gördüğünü belirtmekte fayda vardır. Örneğin, Alman hukukunda rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik koşulu olarak işverenin işçiye son maaşının %50'sini tutarında bir karşı edim yüklenmesi gerekmektedir¹⁶³. Söz konusu karşı edim borcunun, işçinin ekonomik geleceği ile ilgili riskleri ortadan büyük ölçüde kaldırmaktadır ve Alman doktrininde rekabet yasağı sözleşmelerinin, uluslararası sözleşmeler ve anayasa ile güvence altına alınan çalışma özgürlüğüne aykırı olmadığı yönünde neredeyse görüş birliği bulunmaktadır¹⁶⁴.

2. İş hukukunun Amaçları Doğrultusunda Rekabet Yasağı Sözleşmelerinin Yasaklanması veya Sınırlandırılması

İş hukukunun temelinde, iş ilişkisinin özünden kaynaklanan ve işçi aleyhine olan güç dengesizliğinin mümkün olduğunca giderilmesi ve işçinin korunması ilkesi bulunmaktadır¹⁶⁵. Bunun yöntemleri ise hukuk sistemlerinde farklılık göstermektedir. Bazı ülkelerde, özellikle sendikal örgütlenme oranı yüksekse, toplu iş sözleşmeleri işçi haklarını korumak adına yeterli görülmekte ve yasal düzenlemelere daha az yer verilmektedir. Diğer bir yöntem ise, iş mahkemelerinin getirdiği içtihatlarla, yani yargı organları tarafından getirilen sınırlamalarla, işçinin korunmasıdır. Son olarak kullanılan bir yöntem ise kanunlara nispi emredici hükümler konulması ve yasama organının tarafların iradesini işçi lehine olacak şekilde sınırlandırmasıdır¹⁶⁶. Bu yöntemlerin bir arada kullanılması da mümkündür. Türk hukukunda benimsenen yöntem ağırlıklı olarak sonuncusudur. Bunu yanı sıra Türk hukukunda işçilerin korunması açısından iş mahkemelerinin ve Yargıtay'ın içtihatlarının da önemli bir rol söylediğini söylemek mümkündür.

¹⁶³ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 43, Alman hukukunda işverenin karşı edim borcu dolayısıyla kurulan menfaatler dengesi, “karşı edim yoksa rekabet yasağı da yok” (*ohne karenzentschädigung keine Wettbewerbsverbot*) özdeyişiyle ifade edilmektedir.

¹⁶⁴ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 43.

¹⁶⁵ Süzek, İş Hukuku, s. 14.

¹⁶⁶ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 38.

Rekabet yasağı sözleşmelerinin arkasında korunan hukuki menfaatin, işverenin ekonomik menfaati olduğunu ifade etmiştik. Bununla birlikte rekabet yasağı sözleşmelerinin, bireysel ve toplumsal menfaatlerle çelişki içinde olduğunu da açıklamıştık. Dolayısıyla, rekabet yasağı sözleşmelerinin işverenler tarafından sınırsız bir şekilde kullanılmasının gerek işçi bazında bireysel olarak gerekse de toplumsal olarak istenmeyen olumsuz sonuçları olabileceği ortadadır. Bu noktada, iş ilişkisinden kaynaklanan güç dengesizliğinin giderilmesi ihtiyacı doğmaktadır¹⁶⁷.

Öğretide ifade edildiği üzere, iş hukukunun sadece işçinin korunması amacı taşımadığını nihai amacın toplum yararının gözetilmesi olduğunu da vurgulamakta fayda vardır¹⁶⁸. Bu bakımdan iş hukuku normlarının, işletmelerin ve ekonominin gelişmesini sağlaması ve çatışan menfaatler arasında bir denge sağlaması da gerekmektedir¹⁶⁹. Rekabet yasağı sözleşmeleri bağlamında bu değerlendirmeyi yaptığımızda da devletlerin rekabet yasağı sözleşmelerinin çerçevesini çizerek, bunların kullanımını ve şartlarını sınırlandırdığı gözlemlenmektedir. Böylece işçinin rekabet yasağı borcu kanuni olarak azami sürelerle bağlanmaktadır. Ayrıca yer ve konu bakımından işverenin ekonomik menfaatini koruma amacını aşacak şekilde bir rekabet yasağı borcu kararlaştırılmasının önüne geçilmektedir. Hatta bazen rekabet yasağı sözleşmelerinin tamamen yasaklanmış olduğu bile görülmektedir. Türk hukukunda da rekabet yasağı sözleşmelerinin uygulaması yer zaman ve konu bakımından sınırlandırılmış ve rekabet yasağı sözleşmelerinin bu sınırlamalara uygunluğu mahkemelerin denetimine tabi kılınmıştır.

Karşılaştırmalı hukukta, mavi yakalı çalışanlar ile beyaz yakalı çalışanlar arasında ayırım yapılarak, mavi yakalılar açısından rekabet yasağı sözleşmesinin daha fazla sınırlandırıldığı da görülmektedir. İtalyan hukukunda rekabet yasağı süresinin yöneticiler için 5 yıl diğer işçiler için 3 yıllık bir azami süreyle kararlaştırılabileceği öngörülmüştür¹⁷⁰. Belçika hukukunda ise azami süre 1 yıl olarak düzenlenmiştir,

¹⁶⁷ **Süzek**, İş Hukuku, s. 14-15.

¹⁶⁸ **Süzek**, İş Hukuku, s. 16.

¹⁶⁹ **Süzek**, İş Hukuku, s. 16.

¹⁷⁰ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 153; **Sulu**, Rekabet Yasağı, s. 585.

ancak fikir işçileri (*bedienden*) ile beden işçileri (*arbeiders*) arasında bir ayrım yapılarak fikir işçileri açısından on iki aydan daha uzun bir rekabet yasağı getirilmesi olanaklı kılınmıştır¹⁷¹. Kanaatimizce, rekabet yasağı sözleşmesi ile korunan esas unsur "ticari bilgi" olduğundan, mavi yakalı çalışanlar açısından rekabet yasağı sözleşmesinin daha sınırlı olması isabetli bir yaklaşımdır.

Bununla birlikte rekabet yasağı sözleşmelerinin, işçilerin serbest dolaşımı, bilginin paylaşılması ve yayılması bakımından yarattığı olumsuz etkiler bulunmaktadır. Özellikle, rekabet yasağı sözleşmelerinin yasak olduğu Kaliforniya Eyaletinde yer alan Silikon Vadisi örnek bir vakıa olarak kabul edilerek, işçilerin serbest dolaşımı ve bilginin yayılması sayesinde teknoloji sektöründe büyük bir başarı elde edilmiş olduğu ve yeni inovasyonların gerçekleştirilebildiği savunulmaktadır¹⁷². ABD öğretisinde bu görüşü destekleyen bir yazar, işçilerin serbest dolaşımının ve bilginin yayılmasının bazı sektörlerde olumsuz yan etkileri olabileceğini de kabul etmektedir¹⁷³. Örneğin, finans sektöründe müşterilere ilişkin gizli ticari bilgilerin korunması işveren için elzemdır ve finans sektörünün gelişmesi için bu sektörde işçilerin dolaşımının ve bilginin yayılmasının engellenmesi yönünde bir politika izlenmesi tercih sebebidir¹⁷⁴. Dolayısıyla rekabet yasağı sözleşmelerinin kullanılarak iş gücünün dolaşımının belirli bir seviyeye indirgenmesinin, finans merkezi olan Wall Street ve New York Eyaleti açısından uygun bir politika olabileceği belirtilmektedir¹⁷⁵. Bu durumda bilgiye dayalı işlerde (*knowledge based economy*) çalışanlar açısından, teknoloji şirketlerinde olduğu gibi yeni bir bilgi yaratan veya finans kuruluşlarında olduğu gibi mevcut bir bilgiyi kullanan/işleyen uzmanlar arasında¹⁷⁶ bir rekabet yasağı sözleşmeleri açısından farklı bir uygulama öngörülmelidir¹⁷⁷. Kanaatimizce, söz konusu ayrım beyaz yakalı çalışanlar arasında da ayrı bir sınıflandırma yapılması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Bu itibarla rekabet yasağı sözleşmelerinin,

¹⁷¹ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 142

¹⁷² Gilson, s. 63; BISHARA, Norman, Covenants Not To Compete in a Knowledge Economy: Balancing Innovation from Employee Mobility Against Legal Protection for Human Capital Investment, Stephen M. Ross School of Business, University of Michigan, Working Paper, No. 1187, Berkeley Journal Of Employment & Labor Law, Vol. 27:2, 2006, s. 308 (Anılış: Bishara, 2006).

¹⁷³ Bishara, 2006, s. 320

¹⁷⁴ Bishara, 2006, s. 321

¹⁷⁵ Bishara, 2006, s. 321.

¹⁷⁶ Söz konusu sınıflandırmaya ilişkin bkz. Bishara, 2006, s. 291.

¹⁷⁷ Bishara, 2006, s. 321-322.

yaratıcılık gerektiren ve inovasyonların gelişmesini sağlayan meslekler açısından (misal mühendislik) daha sınırlı bir şekilde uygulanması, buna karşın mevcut bilgiye bir katkısı olmayan ancak bunları kullanan/işleyen meslekler açısından (misal bankacılar) daha yaygın bir şekilde kullanılması görüşü dikkate değerdir.

3. İşverenin Karşı Edim Üstlenmesi Zorunluluğu

Kanun koyucunun rekabet yasağının kapsamına ilişkin konu, yer ve süre bakımından getirdiği yasal sınırlamaların, rekabet yasağı sözleşmesinde işverenin ekonomik menfaatleri ile işçinin bireysel menfaatleri arasında bir denge kurulması amacını ne kadar sağladığı oldukça tartışmalıdır. Bu bağlamda, işçinin bireysel menfaatinin korunması açısından en önemli ve etkili unsur rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği için zorunlu olarak işverene bir karşı edim yüklenmesidir. Böylece işçi bir kaçınma borcu altına girerken, işveren de işçinin çalışma özgürlüğünü kısıtlayan rekabet yasağının karşılığı olarak bir borç altına girer. Öğretide karşı edim, rekabet yasağı kaydıyla iş sözleşmesi sonrası çalışma özgürlüğünün sınırlandırılması kabul eden işçiye bu sınırlamanın karşılığı olarak ödenen kendine özgü (*sui generis*) götürü bir tazminat olarak tanımlanmaktadır¹⁷⁸.

Kıta Avrupası'nda birçok hukuk sisteminde, rekabet yasağı sözleşmelerinde işverenin karşı edim üstlenmesi geçerlilik şartı olarak düzenlenmiştir¹⁷⁹. Alman hukukunda, işçinin en son aldığı aylık ücreti üzerinden hesap edilen ve işçinin ücretinin en az %50'si tutarında bir karşı edimin işveren tarafından rekabet yasağı sözleşmesine binaen işçiye ödenmesi rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği için yasal bir zorunluluktur¹⁸⁰. Aynı şekilde, Belçika hukukunda da işverene işçinin ücretinin en az %50'si tutarında bir karşı edim ödeme yükümlülüğü yüklenmiştir¹⁸¹. Fransa hukukunda, işverenin karşı edim borcuna ilişkin yasal bir düzenleme olmasa da Fransız Yargıtay'ının (*Cours de Cassation*) verdiği ilke yargı kararlarıyla karşı edim rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği açısından zorunlu bir unsur olarak kabul

¹⁷⁸ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 220.

¹⁷⁹ Karşı edimin karşılaştırmalı hukuk bağlamında detaylı incelemesi hakkında bkz. Ertan, Rekabet Yasağı, s. 221-248.

¹⁸⁰ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 221-234.

¹⁸¹ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 234-237.

edilmiştir¹⁸². İtalya hukukunda ise işverenin uygun miktarda bir karşı edim üstlenmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁸³.

İşverenin karşı edim üstlenmesi hukukumuzda rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik şartlarından değildir. TBK m. 445'in 2. fıkrasında belirtildiği gibi karşı edim sadece hâkimin rekabet yasağının kapsam ve süresini daraltırken dikkate alması gereken bir unsur olarak belirtilmiştir¹⁸⁴. Türk hukukunda işverenin karşı edim borcu üstlenmesinin rekabet yasağı sözleşmesinin kurulması için bir geçerlilik şartı olmaması öğretide eleştirilmektedir ve olması gereken hukuk açısından karşı edimin bir geçerlilik şartı olması gerektiği savunulmaktadır¹⁸⁵.

ABD'de yapılan ekonomik analizlerde de işverenin rekabet yasağı sözleşmesi yaparken karşı edim borcu yüklenmesi bir gereklilik olarak görülmektedir¹⁸⁶. Bazı yazarlar, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği için işverenin karşı ediminin zorunlu görülmesini, işçinin müzakere gücü eksikliğinin kapatılması için devletin işçi yerine geçerek bir sözleşme müzakeresi yürütmesi şeklinde yorumlamaktadır¹⁸⁷. Ayrıca belirtmek gerekir ki işverenin hiçbir yükümlülük ve masraf altına girmeden rekabet yasağı sözleşmesi yapabilmesi, işverenin korunmaya değer bir ekonomik menfaati olmasa bile her halükarda işçiye rekabet yasağı sözleşmesini dayatmaya çalışması gibi bir sonuç doğurur¹⁸⁸. Böyle durumlarda hukuken geçerli olmayan bir rekabet yasağı sözleşmesinin varlığı bile işçi açısından caydırıcı bir unsur ve korkutucu bir etki (*in terrorem effect*) oluşturur ve işçilerin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü sınırlar¹⁸⁹. İşçiler çoğu zaman rekabet yasağı sözleşmesinin hukuken geçerli olup olmadığını bilebilecek durumda değildir ve salt rekabet yasağı sözleşmesine aykırılık sebebiyle dava açılması ihtimali işçilerin kariyer planlarına değişiklik yapmasına, uzmanlık

¹⁸² Bkz. Soc. 10 juillet 2002. n° 99-43.334 á 99-43.336; Soc. 10 juillet 2002. . n°00-45.135; Soc. 10 juillet 2002. . n°00-45.387.

¹⁸³ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 258; **Sulu**, Rekabet Yasağı, s. 585.

¹⁸⁴ **Süzek**, İş Hukuku, s. 356.

¹⁸⁵ **TAŞKENT, Savaş / KABAKÇI, Mahmut**, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, SİCİL, Aralık 2009, Y. 4, S. 16, s. 37; **MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin**, İş Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 553.

¹⁸⁶ ABD Hazine Raporu, s. 25.

¹⁸⁷ **Starr**, 2018, s. 29-30.

¹⁸⁸ **Starr/ Prescott/ Bishara**, 2019, s. 25.

¹⁸⁹ Rekabet yasağı sözleşmelerinin yarattığı caydırıcı etki (*in terrorem effect* veya *chilling effect*) hakkında bkz. **Marx**, 2011, s. 707; **Marx**, 2018, s. 5.

alanlarının dışına itilmesine yol açmaktadır¹⁹⁰. Bu nedenle, işverenlerin bir maddi yükümlülük altına sokulmasıyla (örneğin, işçinin ücretinin %50'sinin rekabet yasağı süresince karşı edim olarak ödenmesiyle), rekabet yasağı sözleşmelerinin gerçekten ihtiyaç bulunan durumlarda yapılmasının sağlanabileceği ve böylece gerek toplumsal menfaatlerin gerekse de bireysel menfaatlerin zedelenmesinin önüne geçileceği ifade edilmektedir¹⁹¹.

Kanaatimizce de rekabet yasağı sözleşmesinin sadece işverenin menfaatlerini koruyan bir sözleşme olması, işçinin anayasal çalışma özgürlüğünü sınırlandırması, işçi ve işveren arasındaki bariz güç dengesizliği sebebiyle taraflar arasında gerçek bir sözleşme müzakeresi bulunmaması gibi gerçekler göz önünde bulundurulduğunda, işçinin iradi olarak hiçbir karşılık beklemeden rekabet yasağı sözleşmesi ile bağlı olmayı kabul etmesi mantıken kabul edilemez bir durumdur. Rekabet yasağı sözleşmesinin hukuka uygunluğu, mahkemelerin sonradan (*ex-post*) denetimine tabi olduğu için bu durum işçiler açısından bir belirsizlik yaratmakta ve işçileri korkutmaktadır. Bu belirsizlik ve caydırıcı etki nedeniyle çoğu zaman hukuken geçerli bile olmayan bir rekabet yasağı sözleşmesi sebebiyle tecrübeli oldukları alanlarda çalışmaktan imtina edebilmektedirler. Bu sebeplerle, kanun koyucu tarafından bu istismara müdahale edilerek, işçi ile işverenin ikisinin de menfaatlerinin arasında bir denge sağlanması adına rekabet yasağı sözleşmesi tahtında işçiye bir karşı edim sağlanması yasal bir zorunluluk olmalıdır. Aksi halde, işverenlerin gelişigüzel rekabet yasağı sözleşmesi dayatmalarında hiçbir engel bulunmamaktadır. İşverenlerin rekabet yasağı sözleşmesi yapabilmeleri için karşı edim üstlenmeleri zorunlu olduğunda, işverenler de rekabet yasağı sözleşmesi kararlaştırırken daha temkinli olacaktır. Bu aynı zamanda rekabet yasağı sözleşmelerinin sayısını da azaltacağından, bundan kaynaklı uyuşmazlıkların ve mahkemeler nezdindeki yükün de azalmasını sağlayacaktır. Ayrıca karşı edim tutarı rekabet yasağının süresiyle bağlantılı olduğundan, rekabet yasağı süresinin de tarafların menfaatlerinin korunması açısından ideal seviyede olması sağlanabilecektir. Hem rekabet yasağı süresinin gereğinden daha uzun olmaması, hem de işçinin rekabet yasağı borcu sebebiyle ortaya çıkan zararının

¹⁹⁰ Marx, 2011, s. 707; Marx, 2018, s. 5.

¹⁹¹ ABD Hazine Raporu, s. 25.

tazmin edilmesi, bireysel ve toplumsal menfaatlerin korunması açısından önemli bir denge unsurudur. Bununla beraber, rekabet yasağı süresince işçiye bir karşı edim sağlanması işçinin rekabet yasağı borcunu gereği gibi ifa etmesi ihtimalini de güçlendirecek bir etkidir ve bu durum işverenin de menfaatinedir. Rekabet yasağı borcuna aykırı davranılması halinde işçiye ödenen karşı edimin cezai şart olarak geri ödeneceğinin kararlaştırılması da hukuken mümkün olduğundan, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali durumunda işverenin karşı edimi işçiden tahsil etmesi de mümkün olabilecektir. Dolayısıyla, karşı edim işçi açısından hem rekabet yasağı sözleşmesine uygun hareket etmesini sağlayan bir ödül niteliğindedir hem de sözleşmeye aykırı hareket etmesi halinde cezai şart olarak işverence geri alınabileceğinden caydırıcı bir araçtır. Özellikle dikkat çekmek istediğimiz bir husus ise rekabet yasağı sözleşmesi ile işverenin korunan ekonomik menfaatinin büyüklüğüdür. Zira işletmenin gayri maddi unsurlarının değeri çoğu zaman milyonlarca lira ile ölçülmektedir. Buna karşılık rekabet yasağı sözleşmesinde üstlenilen karşı edim işçinin ücretinin bir kısmıyla sınırlıdır ve işverenin korunan ekonomik menfaati karşısında görece olarak çok düşük bir değerdir. Bu itibarla karşı edimin işverenin ekonomik menfaatinin daha iyi korunabilmesini sağlayan bir araç olduğunu da düşündüğümüzde, aslında karşı edimle işverene ilave bir ekonomik yük getirilmediğini, tam tersine işverenin menfaatlerinin daha sağlam bir şekilde güvence altına alındığını savunmak da mümkündür.

BÖLÜM 2: TÜRK BORÇLAR KANUNU UYARINCA REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN KOŞULLARI VE SINIRLARI

I. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN KOŞULLARI

İşçilerin çalışma özgürlüğünün korunması amacıyla, TBK m. 444'te rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerliliği açısından bazı koşullar öngörülmektedir. Bu koşullar emredici niteliktedir ve bunların sağlanmaması halinde rekabet yasağı sözleşmesi de doğrudan geçersiz olacaktır¹⁹².

A. Sözleşmede Yazılılık Şartı

TBK m. 444'ün 1. fıkrasında belirtildiği üzere “*Fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir.*”. Bu düzenleme neticesinde rekabet yasağı sözleşmesinin yazılı olarak yapılması geçerlilik şartı olarak öngörülmüştür.

Rekabet yasağı sözleşmesinin yazılı olması olarak yapılması gerekliliği işçinin menfaatini koruyan bir durumdur. Yazılılık sebebiyle işçinin sözleşmenin koşullarını anlayarak bilinçli bir şekilde yükümlülük altına girmesi ve işçi tarafından üstlenilen borcun açıkça ve somut olarak belirlenebilir olması sağlanmaktadır¹⁹³. Rekabet sözleşmesinin yazılı geçerlilik şartına bağlanmış olmasının bir sonucu olarak, daha

¹⁹² Soyer, s. 39, Süzek, İş Hukuku, s. 351; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 549; Doğan, s. 84, Ertan, Rekabet Yasağı, s. 106.

¹⁹³ Soyer, s. 49; Altay, s. 198; Doğan, s. 85; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 92; Kunt, s. 240; Yargıtay 9. HD, 2010/25792 E., 2013/10539 K. 28.3.2013 T. sayılı kararında da aynı husus vurgulanmıştır: “BK. md.350. rekabet yasağının yazılı şekilde kararlaştırılmadıkça geçerli olmayacağını belirtmektedir. Bu düzenlemenin amacı, yasağın kapsamı konusunda bilgi sahibi olmasını mümkün kılarak işçiyi korumaktır; bu nedenle de yazılı şekil şartı rekabet yasağına ilişkin bir ön akit de aranmalıdır.”

sonra yapılacak olan değişikliklerin de TBK m. 13 uyarınca yine yazılı olarak kararlaştırılması gerekecektir¹⁹⁴. Bununla beraber Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda şekil şartının işçiyi korumak amacıyla öngörüldüğü bu nedenle yasağın kaldırılması için yazılılık şartının aranmaması gerektiği belirtilmektedir¹⁹⁵. Kanaatimizce Yargıtay'ın bu kararından yorum yoluyla hareket edildiğinde, rekabet yasağı sözleşmesinde işçinin koşullarını iyileştiren değişikliklerin yazılılık şartına bağlı olmadan yapılabileceği şeklinde bir sonuca varmak da mümkün olabilir.

Rekabet sözleşmelerinde işverenin karşı edim yüklenmesi TBK'ya göre bir zorunluluk olmadığından, genelde rekabet sözleşmelerinde sadece işçi tek taraflı olarak bir rekabet etmeme borcu üstlenmektedir. Bu durumda rekabet sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olacağından, TBK m. 14'ün 1. fıkrası uyarınca sözleşmede sadece işçinin imzasının bulunması yeterlidir¹⁹⁶. İşverenin karşı edimini içeren rekabet yasağı sözleşmelerinde ise kural olarak TBK uyarınca işverenin de imzası gereklidir¹⁹⁷. Ancak, Yargıtay'ın görüşü, işverenin karşı edim içeren bir rekabet sözleşmesini salt imzalamamış olmasından hareketle, sözleşmenin doğrudan geçersizliğine hükmedilmemesi gerektiği yönündedir¹⁹⁸.

Öğretide rekabet yasağı sözleşmesinin ancak işveren ve işçi arasında iş akdinde yer alan bir hüküm ile veya iş akdi dışında ayrı bir sözleşme ile kararlaştırılabileceği; rekabet yasağının *genel iş koşulları* (tip iş akitleri ve iç yönetmelikler) ile öngörülmesi

¹⁹⁴ Doğan, s. 85.

¹⁹⁵ Yargıtay 9. HD 28.3.2013, 2010/25792 E., 2013/10539 K. sayılı kararı: *Yazılı şekil şartı, rekabet yasağında yapılacak her türlü değişiklik hakkında da geçerlidir (BK. md.12). Ancak, şekil şartının sadece işçiyi korumak amacıyla öngörüldüğü dikkate alınır, yasağın sözlü ol arak da ortadan kaldırılabileceğini kabul etmek doğru olur. Bu düşünce, BK. md.350 hükmünün konuluş amacına uygundur.*

¹⁹⁶ Yargıtay 9. HD 28.3.2013, 2010/25792 E., 2013/10539 K. sayılı kararında da aynı husus vurgulanmıştır: *“Kural olarak rekabet yasağında sadece işçinin yükümlülük alanına girmesi söz konusu olduğu için sözleşmeyi sadece onun imzalaması yeterlidir.”*

¹⁹⁷ Altay, s. 198; Doğan, s. 85.

¹⁹⁸ Yargıtay 9. HD 28.3.2013, 2010/25792 E., 2013/10539 K. sayılı kararı: *“İşverenin imzası, yasağın karşılığında bir edim üstlendiği takdirde gereklidir. (BK. md.13). Bununla birlikte, karşı edimli rekabet yasağında işverenin sözleşmeyi imzalamamış olması, her zaman geçersizlik sonucunu yaratmamalıdır, özellikle, karşı edimin hizmet ilişkisi çerçevesinde nispeten yüksek bir ücret üzerinde anlaşmak suretiyle kararlaştırıldığı hallerde, rekabet yasağını işverenin imzasının bulunmaması nedeniyle geçersiz saymak doğru değildir.”*

halinde geçerli olmayacağı belirtilmektedir¹⁹⁹. Zira rekabet yasağının geçerliliğine ilişkin değerlendirmenin her işçinin özelinde, ayrı ayrı yapılması gerektiği savunulmaktadır²⁰⁰.

Rekabet yasağı sözleşmesinin, tip iş akitlerinde rekabet yasağı kaydı olarak yer alması üzerinde durulması gereken bir husustur. Uygulamada, iş sözleşmelerinin işçiler ile bireysel anlamda müzakere edilmediği, bunun yerine işveren tarafından tek taraflı olarak hazırlanmış genel ve yeknesak hükümlerin işçinin kabulüne sunulduğu görülmektedir. Bu durumda, işçinin çalışma koşulları hakkında pazarlık yapması mümkün değildir, işverenler ekonomik gücünü ve bilgi yönünden üstünlüğünü çıkarları doğrultusunda kullanıp çalışma şartlarını işçiye dayatabilecektir²⁰¹. Öğretide, tip iş akitlerinin genel işlem koşulu niteliği taşıdığı ve TBK m. 20 vd. hükümlerinin iş ilişkilerinde de uygulanabilir olması gerektiği belirtilmektedir²⁰². Bu noktada tip iş akdi içerisinde yer alan rekabet yasağı kaydının, TBK m. 20 bakımından genel işlem koşulu sayılıp sayılmayacağı ve TBK m. 20 vd. hükümlerinin (yürürlük denetimi, yorum denetimi, içerik denetimi) uygulanabilir olup olmaması gerektiği tartışılabilir²⁰³. TBK m. 20 uyarınca genel işlem koşullarının tanımı "*Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.*" şeklinde yapılmaktadır. Öğretide iş hukukuna özgü "genel iş koşulları"nın, TBK anlamında "genel işlem koşulları" ile aralarında taşıdıkları benzerlikler vurgulanmaktadır²⁰⁴. Zira genel iş koşulları da genel işlem koşulları gibi genel kurallar içerir, ileride benzer sözleşmelerde kullanılmak

¹⁹⁹ **Süzek**, İş Hukuku, s. 351. Aynı doğrultuda Yargıtay 9. HD 28.3.2013, 2010/25792 E., 2013/10539 K. sayılı kararı: "*Ne var ki. rekabet yasağının. personel yönetmeliği veya iç yönetmelik gibi adlar altında işveren tarafından tek taraflı olarak düzenlenen kurallara "sadece bir atıfta bulunmak suretiyle" kararlaştırmasını da mümkün görmemek gerekir. Çünkü şekil şartının amacı, yasağın kapsamı konusunda işçinin tam bir bilgi sahibi olmasını sağlamaktır.*"

²⁰⁰ **Süzek**, İş Hukuku, s. 351.

²⁰¹ **Süzek**, İş Hukuku, s. 95.

²⁰² **SÜZEK, Sarper**, Tip İş Akitlerinin ve İç Yönetmeliklerin Kurulma Koşulları ve Denetimi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, Ocak 2016, s. 461 (Anılış: **Süzek**, Tip İş Akitleri).

²⁰³ Genel işlem koşulları ile ilgili geniş bilgi için bkz. **Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu**, s. 263-280; **Eren**, Borçlar Genel, s. 215-236.

²⁰⁴ **ERTÜRK, Şükran**, Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel S., 2013, Basım Yılı: 2014, s. 89.

amacıyla hazırlanırlar, sözleşmeyi hazırlayan taraf (işveren) kendi menfaatlerini gözeterek ve tek taraflı olarak sözleşmeyi önceden hazırlayıp, pazarlık yapmadan işçiye sunar²⁰⁵. Rekabet yasağı kayıtlarının özelinde konuyu ele aldığımızda, rekabet yasağı kaydının denetimi açısından özel hüküm (*lex specialis*) olan TBK m. 444 ile 447 hükümlerinin bulunduğu ve bunların öncelikli olarak uygulanması gerektiği konusunda şüphe yoktur. Bu hükümler ile TBK m. 20 vd. hükümleri incelendiğinde, rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin yazılılık şartının, TBK m. 21 anlamında bir yürürlük denetimi sağladığı görülmektedir. Ancak TBK m. 21 daha genel bir düzenleme getirerek, karşı tarafın menfaatine aykırı bir genel işlem koşulunun sözleşmenin kapsamına girmesi için bu hükmün karşı tarafın açıkça bilgisine sunulmasını ve öğrenme imkanı sağlanmasını ve kabulünü almasını şart koşturmaktadır. Aksi takdirde de söz konusu genel işlem koşulunun yazılmamış sayılacağı yönünde bir yaptırım getirmiştir. Bu itibarla genel işlem koşulu niteliği taşıyan bir tip iş akdi içerisinde yer alan genel geçer şekilde hazırlanmış bir rekabet yasağı kaydı da söz konusu denetime tabi tutulabilir. Rekabet yasağı kayıtlarının işçilerin çalışma özgürlüğü ve bireysel menfaatleri üzerindeki olumsuz etkileri göz önüne alındığından bu yaklaşım işçi lehinedir. Ancak bu hususu pratik anlamda ele aldığımızda, söz konusu rekabet yasağı kaydına sadece bir sözleşmede değil, birçok sözleşmede önceden hazırlanıp yer verilmiş olması gerektiğini belirtmek gerekir²⁰⁶. Alman hukukunda yargı kararlarına göre aynı şekilde hazırlanmış birçok sözleşmeden söz edilebilmesi için bu şekilde 3 ila 5 sözleşme bulunmalıdır²⁰⁷.

Ayrıca belirtmek gerekir ki rekabet yasağı sözleşmesi imzalandıktan sonra buna ilişkin bazı koşulların işçiye sonradan bildirilmesi durumunda da yazılılık şekil şartına aykırılık bulunduğundan bu koşullar geçerli olmayacaktır²⁰⁸. İşçinin birey olarak

²⁰⁵ **Süzek**, *Tip İş Akitleri*, s. 461.

²⁰⁶ **Ertürk**, s. 103.

²⁰⁷ **Ertürk**, s. 103'ten naklen: "*Alman Federal Mahkemesi kararına göre en az beş sözleşmenin varlığı şarttır (BGH 4.6.1981, NJW 1981, s. 2343 vd.), Düsseldorf Eyalet Mahkemesi kararına göre ise üçten beşe kadar sözleşmenin varlığı yeterlidir.*".

²⁰⁸ Yargıtay 9. HD 28.3.2013, 2010/25792 E., 2013/10539 K. sayılı kararı: "Somut olayda dosyada mevcut tarihsiz matbu düzenlenmiş sadece davacı imzasını ve okuyup anladığını belirttiği sözleşme incelendiğinde; cezaî şart olarak bir miktarın belirtilmediği, bu alanın boş bırakıldığı; sözleşmenin sonunda imza tarihi ve sonrasında işçiye yazılı olarak bildirilecek iş yönetmeliği, personel yönetmeliği ve benzeri belgelerin bu iş sözleşmesinin ayrılmaz bir parçası olduğu görülmektedir. Yönetmelikte davalının imzası bulunmamaktadır. İş sözleşmesinin 03.12.2003 tarihli olduğu davalıya gönderilen ihtarnamede belirtilmiştir, ancak sözleşme eki yönetmeliği tebliğ aldığına ilişkin davalı imzasını taşıyan

çalışma özgürlüğünü sınırlandıran rekabet yasağı sözleşmesinin toplu iş sözleşmeleriyle kararlaştırılmasının da mümkün olmaması gerektiği savunulmaktadır²⁰⁹.

Öğretide rekabet yasağının yazılı olarak yapılıp yapılmadığını hususunda, bunun ispat yükünün işverene ait olacağı belirtilmektedir²¹⁰. Bu durum aslında HMK md. 190 uyarınca düzenlenen “*iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir*” yönündeki genel ispat kuralının doğal bir sonucudur.

Uygulamada iş sözleşmesi sona ererken işçinin feshe bağlı alacaklarının ödenmesi karşılığında rekabet yasağı sözleşmelerinin imzalatıldığı görülmektedir²¹¹. Bu durumda, Yargıtay işçinin imzasını taşıyan ancak gerçek iradesini yansıtmayan rekabet yasağı sözleşmelerinin geçersiz olduğuna hükmetmektedir²¹².

B. İşveren Bakımından Koşullar

TBK m. 444’ün 2. fıkrasında düzenlendiği üzere, “Rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler

evrakın sağ üst köşesinde 03.11.2004 tarihi yazılıdır, bu evrak matbudur. Tüm bu bilgiler ışığında davalının cezai şarta ilişkin düzenlemeleri içeren ve sözleşmenin imzalanmasından on bir ay sonra davalıya tebliğ edildiği anlaşılan yönetmeliği özgür iradesiyle okuyup değerlendirerek imzalama imkanının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Yukarıdaki değerlendirmeler kapsamında tüm dosya incelendiğinde rekabet yasağına ilişkin düzenlemelerin yazılı şekil şartına aykırılığı sebebiyle geçersiz olduğu değerlendirilmeksizin karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmektedir.”

²⁰⁹ **Manav**, Geçerlilik Koşulları, s. 329.

²¹⁰ **Soyer**, s. 49; **Doğan**, s. 85.

²¹¹ **Doğan**, s. 86.

²¹² Yargıtay’ın önüne gelen benzer bir somut olayda, işçiye kıdem tazminatı ödemesinin yapılması için rekabet yasağı sözleşmesini imzalaması şart koşulmuştur. Ankara 6. Asliye Ticaret Mahkemesi’nce işçinin serbest iradesi ile rekabet yasağı sözleşmesini imzalamadığı gerekçesiyle rekabet yasağı sözleşmesi geçerli kabul edilmemiştir ve ilgili karar Yargıtay tarafından da onanmıştır: “...sözleşmenin ve taahhütnamenin imzalandığı 20.1.2011 tarihinde davalının iş akdi tazminatı ödenmek suretiyle feshedilmiş olup imzalatılmış olan bu belgeler karşılığında kıdem tazminatının ödendiği ve dolayısıyla sözleşme ve taahhütnamenin tazminat ödeme şartı olarak imzalatıldığı, davalının serbest iradesi ile imzalanmadığı, davacının iş akdinin feshi haklı bir sebebe dayanmadığından BK’nın 447. maddesine göre rekabet yasağı sona ermiş olup cezai şart sözleşme hükmünün geçerli olmadığı, cezai şartın fahiş olduğu, sözleşmenin genel işlem şartı niteliğinde olduğu, ayrıca davalının davacı şirket ile ticari ilişki içinde bulunan firmalarla ilişkisi, gerek ilgili firmaların beyanları gerekse ticari defter ve kayıtlarından tespit edilmediğinden sözleşme hükümlerine göre cezai şartı gerektirir bir rekabet durumunda söz konusu olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.” (Yargıtay 11. HD, 2015/8627 E., 2016/6912 K., 22.06.2016 T. sayılı karar)

hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir.” Başka bir deyişle, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olması için işçinin, hizmet ilişkisi sebebiyle işverenin müşteri çevresine ve üretim sırlarına erişimi bulunmalıdır. Ayrıca bu durum da tek başına yeterli olmayıp, bu bilgilerin kullanımı işverene önemli bir zarar verecek nitelikte olmalıdır. Çalışmamızın Birinci Bölüm’ünde açıklandığı üzere iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından işçinin rekabet yasağı ile bağlanması, Anayasa m. 48 ile güvence altına alınmış olan “çalışma ve sözleşme hürriyeti” bakımından işçinin çalışma özgürlüğünü sınırlayıcı olabilecektir. Bu itibarla kanun koyucu TBK m. 444’ün 2. fıkrasında yer verilen düzenleme ile işverenin haklı menfaati ile işçinin çalışma özgürlüğü arasındaki dengeyi kurmayı amaçlamıştır²¹³. Böylece, rekabet yasağı sözleşmesinin gelişigüzel yapılmasının önüne geçilmiş, işverenin korunmaya değer haklı menfaatinin ne olduğu ve rekabet yasağı sözleşmelerinin hangi koşullarda bağlayıcı olabileceği düzenlenmiştir²¹⁴. Rekabet yasağı ile ilgili söz konusu geçerlilik ve bağlayıcılık koşullarının gerçekleştiğini ispat yükü genel ispat kuralları (HMK m. 190) uyarınca işverene aittir²¹⁵.

1. İşverenin Haklı Menfaatinin Bulunması

Rekabet yasağı sözleşmesi ile birlikte işverenin korunacak haklı menfaatlerinin neler olabileceğinin TBK m. 444’de ayrıntılı bir biçimde düzenlendiğini belirtmek mümkündür²¹⁶. Hükmün lafzından anlaşıldığı üzere, rekabet yasağı sözleşmesinin bağlayıcı olabilmesi işçinin (i) iş ilişkisi sırasında işverenin müşteri çevresine veya (ii) iş ya da üretim sırlarına nüfuz etmesi gerekmektedir. Bununla beraber her halükarda işçinin sahip olduğu bu bilgilerin rakip işletmeler tarafından kullanılmasının işverene önemli ölçüde zarar verebilecek nitelikte olması gerekir²¹⁷.

²¹³ Süzek, İş Hukuku, s. 351.

²¹⁴ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 120; Ayrıca TBK m. 444/2’de belirtilen işveren açısından belirtilen koşulların geçerlilik koşulu değil de “bağlayıcılık koşulu” olarak tanımlanması ile ilgili detaylı açıklama için bkz. Ertan, Rekabet Yasağı, s. 100-118.

²¹⁵ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 119.

²¹⁶ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 119.

²¹⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 549-551; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 119; Kunt, s. 242.

a. Üretim Sırları ve İşverenin İşleri Hakkında Bilgiye Erişim

İşçi ile rekabet yasağı sözleşmesi imzalanmasındaki temel amaç, işverenin ticari sırlarının korunması, işçinin bunları daha sonradan işveren ile rekabet edecek şekilde kullanmasının önüne geçilmesidir²¹⁸. TBK m. 444'ün 2. Fıkrasında “üretim sırları” kavramına yer verilmiştir. Üretim sırları kavram olarak işletmeyle ilgili, sınırlı bir çevre tarafından bilinen, başkaları tarafından kolaylıkla öğrenilemeyecek, saklı kalmasında işverenin haklı bir menfaatinin bulunduğu olgular ve bunlara ilişkin her türlü ticari, teknik ve personele dair bilgi olarak tanımlanabilir²¹⁹. TBK'nın lafzından açıkça anlaşıldığı üzere, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği için, işçinin söz konusu üretim sırlarını elde etmiş olması şart değildir; işçinin bunları edinme imkânının bulunması yeterlidir²²⁰.

Bununla beraber TBK m. 444'ün 2. fıkrasının lafzında “işverenin yaptığı işler” kavramına yer verilmiştir. Kanun koyucu tarafından kullanılan bu ifade belirsiz olduğundan ve çok genel bir anlam taşıdığından, öğretide isabetli bir tercih olarak görülmemektedir²²¹. Mevzuat'ta “üretim sırları veya ticari sırlar” şeklinde bir ifade kullanıldığından, TBK uyarınca da “işverenin yaptığı işler” ifadesinin işverenin “ticari sırları” veya “iş sırları” olarak anlaşılması gerektiği belirtilmektedir²²².

Ticari sır, bir ticari işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları veya diğer görevlileri tarafından bilinebilen, elde edilebilen, gizliliği nedeniyle rakiplerince bilinmemesi ve üçüncü kişilere açıklanmaması gereken, ancak mevzuatın gerekli kıldığı hallerde yetkili mercilere verilebilen, ticari işletmenin ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi

²¹⁸ **Süzek**, İş Hukuku, s. 352, **Kunt**, s. 242.

²¹⁹ **Süzek**, İş Hukuku, s. 352; örnek olarak üretim teknolojisi, özel üretim biçimleri ve süreçleri, makinelerin teknik özellikleri, özel bir ürünün içeriği, işletme organizasyonu, yazılımlar, fiyatlar, pazar planları, tüketici alanları, hammadde kaynakları, envanter ve muhasebe kayıtları, işverene ait işçi buluşları, personel planlaması vb. sayılmaktadır.

²²⁰ **Soyer**, s. 49; **Süzek**, s. 352; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 550.

²²¹ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 126-127; **Doğan**, s. 88.

²²² **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 126-127; Ertan'a göre söz konusu ifade fahiş bir tercüme hatasından kaynaklanmaktadır; **Doğan**, s. 88-89.

bulunan ve ekonomik menfaat sağlayan; işletme ya da şirketin gizli kalması için hal ve şartlara göre gerekli güvenlik önlemlerini aldığı, hâlihazırda ya da olası bir ekonomik değer taşıyan, sahibinin sırrın saklanması yönünde açık veya örtülü iradeye sahip olduğu gizli bilgi olarak tanımlanabilir²²³. Ayrıca daha dar bir şekilde, ticari işletmede kullanılmış veya kullanılmaya devam eden ve özellikle gizli olmasından dolayı işletmenin rakiplerine karşı üstünlük kurmasını her türlü gizli bilgi de ticari sır olarak tanımlanabilir²²⁴. Bu noktada ticari sır açısından üzerinde durulması gereken husus, gerek “üretim sırları” gerekse de “ticari sırlar” bakımından söz konusu bilginin “sır” niteliği taşıması, yani mahrem ve üçüncü kişilerce bilinmeyen bilgi olmasıdır²²⁵.

İşçi buluşları da dâhil olmak üzere işçinin kendisi tarafından oluşturulan veya geliştirilen üretim sırlarının veya ticari sırların da rekabet yasağı sözleşmesi kapsamına alınmasında işverenin haklı menfaati bulunur²²⁶. Ancak işçinin kendi mesleki bilgi ve tecrübesinin, beceri ve yeteneklerinin iş sırrı kapsamında değerlendirilemeyeceği ve bunların işletmenin organizasyonundan veya üretim tekniklerinden kaynaklanmayan, benzer nitelikteki işletmelerde de kullanılabilecek bilgiler kapsamında olduğu kabul edilmektedir²²⁷.

²²³ Gürbüz Usluel, s. 29.

²²⁴ Sulu, Ticari Sırların Korunması, s. 13.

²²⁵ Süzek, İş Hukuku, s. 352; Yargıtay 11. HD 2014/17613 E., 2015/2848 K., 3.3.2015 T. sayılı kararında da piyasada herkes tarafından bilinen olguların iş sırrı kapsamında değerlendirilemeyeceği yönünde karar veren ilk derece mahkemesinin kararı onanmıştır: “Mahkemece yapılan yargılama sonunda iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği için işçinin iş verenin müşterilerini tanıma veya iş sırlarına nüfuz etme imkanının bulunması ve işverenin de önemli ölçüde zarara uğraması ihtimalinin bulunması gerektiği, davacının faaliyet konusu olan fiber maddesinin beton gibi yaygın olarak kullanılan ve iş sırrı kapsamına girmeyen bir yapı malzemesi olduğu, bu yöne ilişkin davacı iş verenin yasanın öngördüğü korunabilir haklı bir menfaatinin bulunmadığı, öte yandan davalının davacının müşterilerine ait bilgilerini veya iş sırrının kullanarak davacıyı zarara uğrattığı iddiasının davacı tarafça kanıtlanamadığı, taraflar arasında düzenlenen taahhütnamede yer ve konu bakımından bir sınırlama yapılmadığı, rekabet yasağı sözleşmesinin bu yönleri ile de geçersiz olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.”; Aynı yönde Yargıtay 11. HD., E. 2015/4817 K. 2015/12418 T. 23.11.2015: “Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, rekabet yasağı sözleşmesinin her işçiyle akdedilemeyeceği, sözleşmenin kurulmasının ancak işçinin çalışırken işverenin müşteri çevresine, iş sırlarına nüfuz edebilmesi ve bu bilgilerin kullanılmasıyla işverenin rekabet piyasasındaki konumunun tehlikeye düşürülebilmesi, önemli bir zarara uğrama ihtimalinin varlığı halinde haklı görülebileceği, renk teknisyeni olarak çalışan davalının iş sırrı sayılabilecek formül içeriklerine vakıf olduğunun, işçinin işletmede elde ettiği “özel bilgilerin” belirlenemediği, işçinin kendi mesleki bilgi ve deneyimi ile sektörde faaliyet gösteren pek çok firmada az çok bulunabilecek bilgilerin, benzer üretim tekniklerinin rekabet yasağıyla korunacak iş sırlarından da olmadığı, davaya konu uyumsuzlukta ispat yükünü taşıyan işverence önemli bir zarara uğrama ihtimalinin de somutlaştırılmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.”

²²⁶ Soyer, s. 53-53; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 550; Doğan, s. 89.

²²⁷ Soyer, s. 56-57; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 550; Doğan, s. 90.

Nitekim bu bağlayıcılık koşulu neticesinde, vasıfsız ve alt kademe çalışanlarla yapılan rekabet yasağı sözleşmeleri bu kişilere karşı ileri sürülemez durumdadır²²⁸. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin verdiği bir kararda da, hemşire olarak çalışan işçinin işverenin müşterilerini tanıma ve iş sırlarına nüfuz etme olanağı bulunmadığından söz edilerek işverenin ceza koşulu istemi reddedilmiştir²²⁹. Bununla beraber salt işçinin pozisyonundan dolayı, iş sırları hakkında bilgi sahibi olduğu veya olmadığı yönünde genel çıkarımların doğru olmadığı, somut olayın incelenerek işçinin üretim sırlarına veya iş sırlarına fiilen erişimi olup olmadığına bakılması gerektiği de vurgulanmalıdır²³⁰.

b. Müşteri Çevresine Erişim

İşverenin müşteri çevresi, bir işletmenin güçlü ve başarılı olmasında çok önemli bir oynamaktadır ve bu itibarla işletmenin en önemli gayri maddi unsurlarından birini oluşturur²³¹. İş Kanunu m. 2'nin 1. fıkrasında da “*İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir.*” denilmek suretiyle gayrimaddi unsurların da işletmenin örgütlenmesinde bir unsur teşkil ettiği açıkça belirtilmektedir²³². Bununla birlikte TBK m. 444'ün 2. fıkrasında ifade edilen “müşteri çevresi” kavramının ve müşteri çevresine ne şekilde bir erişim halinde rekabet yasağının ihlal edileceği hususunun açıklığa kavuşturulması gerekir.

Müşteri, bir işyeri ile az veya çok bir süre ile ilişki kurarak, orada üretilen mal ve hizmetleri muntazam bir biçimde almakta olan gerçek veya tüzel kişiler olarak

²²⁸ **Süzek**, İş Hukuku, s. 352; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 550.

²²⁹ Yargıtay 9. HD., 2007/11865 E., 2008/3993 K., 10.3.2008 T. sayılı kararı: “*Davacının davalı hastane işyerinde hemşire olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Davacı işçi ile işveren arasında iş sahibinin müşterilerini tanımak veya işlerinin esrarına nüfuz etmek hususlarında uygun olan bir iş sözleşmesi bulunmadığından B.K. 348/I anlamında belirli bir sürede rakip bir işletmede çalışamaması yolunda koşul öngörülemeyeceğinden buna yönelik ceza-i şart isteminin reddi gerekirken mahkemece yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.*”

²³⁰ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 131; **Soyer** s. 49.

²³¹ **Süzek**, İş Hukuku, s. 194-198; **Doğan**, s. 91.

²³² **Doğan**, s. 91.

tanımlanabilir²³³. Bununla birlikte öğretide işveren ile ilişkileri süreklilik arz etmeyen kimselerin müşteri çevresine dâhil olmaması gerektiği belirtilmektedir²³⁴. Yani işverenle sadece bir defaya özgü ticari ilişki kuran veya arızı bir ilişki içine giren kimselerin müşteri çevresi kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir²³⁵. İsviçre öğretisi de benzer bir biçimde müşteri çevresini, işletmeyle belirli bir süre boyunca ticari ilişki kuran kişiler topluluğu olarak tanımlamaktadır²³⁶. Müşteriler adına hareket eden aracı ve temsilciler de müşteri çevresi kapsamında değerlendirilir²³⁷. İşverenin potansiyel müşterilerinin ise müşteri çevresi içine dâhil edilmemesi gerektiği belirtilmektedir²³⁸.

Öğretide işçinin bilgi edinme olanağı, müşterilerin kişisel özelliklerini, istek ve ihtiyaçlarını bilebilmek ve bunlardan ekonomik anlamda faydalanabilecek durumda olmak şeklinde değerlendirilmektedir²³⁹. Başka bir deyişle, işçinin müşterilerin isimlerini bilmesi, bir müşteri listesine sahip olması gibi olgular yeterli bulunmamaktadır ve işçinin söz konusu müşterilerle işveren arasındaki ilişkiye özgü bilgilere erişip bunları kullanabilecek durumda olup olmadığına bakılması gerektiği savunulmaktadır²⁴⁰. Gerçekten de işçinin işten ayrıldıktan sonra işverenin müşteri

²³³ **Süzek**, İş Hukuku, s. 353.

²³⁴ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 120; **Manav**, Geçerlilik Koşulları, s. 336; **Doğan**, s. 92.

²³⁵ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 120; **Manav**, Geçerlilik Koşulları, s. 336; **Doğan**, s. 92.

²³⁶ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 124.

²³⁷ **Doğan**, s. 92.

²³⁸ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 121.

²³⁹ **Süzek**, İş Hukuku, s. 353; Yargıtay 9. HD ., 2016/32244 E., 2016/20637 K., 22.11.2016 T. sayılı kararında müşteri çevresi kavramı ve müşteri çevresine erişim konusundaki açıklamalar dikkate değerdir: “*Türk Borçlar Kanunu md. 444’de yer alan düzenlemede işçinin sahip olduğu ve rakip işletmelerde kullanılması işverene zarar verecek bilgilerin müşteri çevresi, üretim sırları veya işverenin yaptığı işler hakkında olabileceği öngörülmüştür. Müşteri çevresine ilişkin bilgiler genel olarak, müşterilerin ad ve soyadları, meslekleri adres ve telefon numaraları, yaptıkları alışverişin cins ve miktarları gibi bilgilerden oluşmaktadır. İşçinin işverenin müşteri çevresine ait bilgileri haiz olması halinde rekabet yasağı sözleşmesi yapılmasını haklı gösteren neden, işçinin müşteri çevresi ile kişisel ilişki kurması, onların kişisel özelliklerini, istek ve ihtiyaçlarını bilmesi ve bu bilgileri rakip bir işletme içinde kendi lehine ekonomik bir değer olarak kullanma ihtimali bulunması, bu bağlamda eski işverenin müşteri çevresinde azalmaya neden olacak olmasıdır. İşçinin müşterileri tanıması, müşteri çevresi hakkında bilgi edinmesi*”; işçinin işverenin müşterilerini bizzat tanıması veya onlara ait adres telefon gibi önemli bilgileri öğrenmiş olmasını ifade etmektedir. Ancak burada, müşterilere ait bilgiye sahip olma imkânı tespit edilirken, işçinin işyerindeki konumuna bakılması ve müşterilere ait her tür sıradan bilgiye değil özelliği olan ve önemli bilgilere ulaşıp ulaşılmadığının dikkate alınması gerekecektir. Burada önem taşıyan bir diğer husus da, işçinin müşterileri tanıması, müşteri çevresi hakkında bilgi edinmesi ile işçinin iş sırlarına nüfuz etmesi, üretim sırları hakkında bilgi edinmesi hallerinin bulunması hususlarının işverene önemli bir zarar verme olanağını yaratmasıdır.”

²⁴⁰ **Soyer**, s. 52; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 124-126; **Manav**, Geçerlilik Koşulları, s. 336; **Doğan**, s. 92.

çevresini ayartarak, işverenin işletmesini zayıflatabilecek durumda olup olmadığının, somut olayın şartları değerlendirilerek yapılması gerekmektedir²⁴¹. Bu itibarla genelde üst düzey yöneticiler müşterileri ayartma kabiliyetine sahip olsa da bazı durumlarda işin mahiyeti gereği alt düzey personelin de müşteriler ile sıkı ilişkiler kurabilmesi ve müşteri ayartabilecek durumda olması da mümkündür²⁴².

Öte yandan, işçinin kişisel özelliklerinin müşteri çevresi üzerindeki rolü de tartışma konusudur. Ancak hâkim görüşte olan yazarlar, salt işçinin müşteri çevresine erişimi sebebiyle işverenin muhtemel bir zararı doğacağı şeklinde bir sonuca varılmaması gerektiğini savunmaktadır²⁴³. Bu itibarla, eğer müşteri çevresi, işçinin kişisel becerileri ve tecrübesi sebebiyle yaratılmışsa (örneğin, avukat, doktor veya kuaför olarak) ve işverenin zararının kaynağını, işçinin müşteri çevresine erişme imkânı değil de işçinin kişisel becerileri oluşturuyorsa, bu durumda rekabet yasağı sözleşmesi geçerli olarak kararlaştırılamayacaktır²⁴⁴. Aynı görüşte olan başka bir yazar da, kişisel özellikleri sebebiyle müşteri çevresi oluşturmuş olan bir işçinin başka bir işletmeye geçmesiyle müşteri çevresinin de onu takip etmesi arasında mutlak bir illiyet bağı olduğunu, ancak bu durumda işçinin kişiliği ile müşteri çevresinin birbirinden ayırt edilmesinin olanaksız olduğunu ve bu nedenle de rekabet yasağı sözleşmelerinin böyle kişiler açısından geçersiz olduğunu savunmaktadır²⁴⁵. Lüks bir restoranın çok ünlü bir aşçıyı işe alarak bu sayede müşteri çevresini genişletmesi de buna uygun bir

²⁴¹ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 124'te aynı görüşü destekleyen güzel bir örnekleme yapılmaktadır: “Örneğin GSM sektöründe faaliyet gösteren işçilerin azımsanmayacak bir bölümü abonelere ilişkin datalara erişebilmektedir. Ne var ki salt söz konusu işçilerin belirtilen datalara erişim olanağına sahip olmasından hareketle datalara erişebilen işçilerin rakip bir işletmede çalışmasının yasaklanması kabul edilemez. Zira anılan işçinin pozisyonu itibarıyla işverenin müşteri çevresini rakip bir işletmeye yönlendirebilme imkânı bulunmamaktadır. O halde işçinin işverenin müşteri çevresi hakkında bilgi edinmesinden kasıt, işçinin müşterileri kendi hesabına açacağı veya iş sözleşmesiyle çalışacağı rakip bir işletmeye yönlendirme imkânını haiz olup olmadığıdır.”

²⁴² Örneğin banka şubelerinde çalışan müşteri temsilcilerinin banka yönetiminde alt düzey yönetici olmaları söz konusu olsa da müşterilerle kurduğu güçlü ilişkiler nedeniyle bu potansiyele sahip olduğu belirtilmekte ve rekabet yasağı kaydının bu pozisyondakiler için geçerli olması gerektiği savunulmaktadır bkz. **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 125.

²⁴³ **Süzek**, İş Hukuku, s. 353; **Taşkent/Kabakçı**, s. 28; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 550.

²⁴⁴ **Süzek**, İş Hukuku, s. 353; **Taşkent/Kabakçı**, s. 28; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 550.

²⁴⁵ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 125-126.

örnek olarak gösterilmektedir²⁴⁶. Yargıtay'ın da bu görüşe dayanak oluşturabilecek kararları bulunmaktadır²⁴⁷.

Öğretide tartışmalı olan bir husus da müşteri çevresinin, üretim ve ticari sırlarda olduğu gibi “sır” mahiyetinde olmasına gerek olup olmadığıdır. Bir görüşe göre, rekabet yasağı sözleşmesinin amacının, işverenin müşteri çevresini tanıyan işçinin ve bunu işveren ile rekabet edecek şekilde kullanarak işverene zarar vermesini önlemektir ve bu da rekabet sözleşmesinin geçerliliği açısından yeterlidir²⁴⁸. İsviçre öğretisi ve içtihadında da baskın görüş, bu bağlamda müşteri çevresinin sır teşkil etmesinin zorunlu olmadığı yönündedir²⁴⁹. Diğer bir görüşe göreyse, sır niteliği taşımayan müşteri çevresinin işçi tarafından bilinmesi zaten işveren açısından bir tehlike yaratmamaktadır ve bu durumda işçi rekabet yasağı ile bağlı olmamalıdır²⁵⁰. Kanaatimizce, müşteri çevresinin sır olmaması halinde dahi işçi, iş ilişkisinin sona ermesinden sonra erişim sahibi olduğu müşteri çevresini eski işvereniyle rekabet edecek şekilde kullanma ve işverene zarar verme imkânına sahip olabilir. Özellikle müşteri portföyündeki müşteri sayısının görece az sayıda olduğu ancak yüksek hacimli iş ilişkileri içeren sektörlerde ve iş modellerinde (örneğin kurumsal bankacılık), hangi hizmet veya ürün sağlayıcılarının hangi müşterilerle çalıştığı genelde üçüncü kişilerce ve hatta rakiplerce dahi bilinmektedir. Buna benzer hallerde müşteri çevresinin sır olup olmamasının, işçinin rekabet yasağı ile bağlı olup olmaması açısından bir önem arz etmemesi gerekir. Aksi durumda rekabet yasağı sözleşmesi ile işverenin ekonomik menfaatinin koruma altına alınması hiçbir halükarda mümkün olmayacaktır.

Aynı işverenin “üretim sırları ve işleri” kısmında açıklandığı gibi, TBK’nın lafzından açıkça anlaşıldığı üzere, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği için, işçinin

²⁴⁶ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 125-126.

²⁴⁷ Yargıtay 9. HD, 2010/25792 E., 2013/10539 K. 28.3.2013 T. sayılı kararı: “İşverenin zarara uğraması, işçinin kişisel ehliyet ve deneyimleri dolayısıyla ihtimal dahilinde görülüyorsa, böyle bir neden-sonuç ilişkisinden bahsetmek mümkün değildir; işçi. ehliyet ve deneyimlerini her zaman kullanma imkânına sahiptir.”

²⁴⁸ **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 550; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 122; **Doğan**, s. 95; **Manav**, Geçerlilik Koşulları, s. 337.

²⁴⁹ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 122.

²⁵⁰ **Soyer**; s. 51-52.

söz konusu müşteri çevresi hakkında bilgi elde etmiş olması şart değildir; işçinin bunları edinme imkânının bulunması yeterlidir.

2. İşverenin Önemli Zarara Uğraması İhtimali

İşçinin, işverene ait üretim sırları veya işleri veya müşteri çevresi hakkında bilgi edinme imkânına sahip olması, rekabet yasağının geçerli olarak kurulabilmesi için tek başına yeterli değildir. Söz konusu bilginin işçi tarafından kullanılması neticesinde işverenin önemli bir zarara uğrayabilecek olması da şarttır²⁵¹. Mevzuatın Almanca ve Fransızca metinlerinde de önemli (*erheblich*) bir zarar veya duyumsanabilir derecede bir zarar (*préjudice sensible*) ifadelerine yer verilmiştir²⁵². Örneğin, işverenin kazancının azalması, rekabet gücünün azalması, iş hacminin belirgin biçimde düşmesi gibi hallerde önemli zarardan söz edilebilir²⁵³.

Rekabet yasağının geçerliliği açısından, işverenin zararının gerçekleşmiş olması şart değildir. Bu zararın yaşamın olağan akışı doğrultusunda gerçekleşme ihtimalinin bulunması yeterlidir²⁵⁴. Bu husus öğretide, işçinin işverene ait üretim sırları veya işlerine veya müşteri çevresine erişimi ile bunları kullanarak işverene önemli bir zarar verme olasılığı arasında illiyet bağı bulunması olarak nitelendirilmektedir²⁵⁵. Dolayısıyla, somut olayın şartlarına bakılarak “önemli zarar tehlikesi” bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır²⁵⁶. Yargıtay bir kararında, söz konusu zararın “önemli” olup olmadığının ne şekilde tespit edilebileceği noktasında “zararın kolayca telafi edilemeyecek olması”nı yeterli bir kıstas olarak öngörmüştür²⁵⁷. Bu durumda işveren

²⁵¹ **Süzek**, İş Hukuku, s. 353; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 550-551; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 135; **Doğan**, s. 95; Yargıtay 9. HD 28.3.2013, 2010/25792 E., 2013/10539 K. sayılı kararında da söz konusu zarar ihtimalinin “önemli” olması gerektiği vurgulanmıştır: “Buradan çıkarılacak sonuç, rekabet yasağı sözleşmesinin her zarar tehlikesini değil, ancak “önemli” bir zarara uğrama ihtimalini bertaraf etmek üzere kullanılabilecek olmasıdır.”.

²⁵² **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 135.

²⁵³ **Süzek**, İş Hukuku, s. 354; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 551.

²⁵⁴ **Süzek**, İş Hukuku, s. 354, **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 550; Aynı yönde Yargıtay 9 HD, 2008/41875 E., 2010/35558 K., 2.12.2010 T. sayılı kararı: “Rekabet yasağının mevcudiyeti için gerçekleşen bir zarar aranmamaktadır. Ekonomik zarar tehlikesinin bulunması yeterlidir.”.

²⁵⁵ **Soyer**, s. 57; **Eren**, Borçlar Özel, s. 568; **Manav**, Geçerlilik Koşulları, s. 340; **Doğan**, s. 95.

²⁵⁶ **Doğan**, s. 97.

²⁵⁷ Yargıtay 9. HD 28.3.2013, 2010/25792 E., 2013/10539 K sayılı kararı: “Zararın hangi hallerde önemli sayılabileceğini önceden belirlenmiş genel bir ölçüye göre tespit etmek, hiç şüphesiz ki mümkün değildir, bu konuda yargıç, her olayın özelliğine göre bir sonuca varmak durumundadır. Burada

genel ispat kuralları (HMK m. 190) uyarınca “önemli zarara uğranması ihtimali” bulunduğunu ispatla yükümlüdür²⁵⁸. İsviçre Federal Mahkemesi’nin eski tarihli bir kararında, işverenin önemli bir zarar olasılığının varlığını her türlü delille ispatlayabileceği belirtilmiştir²⁵⁹. İşçi ise karşı ispat olarak, ortaya çıkması muhtemel zarar ile işçinin işten ayrılması arasında illiyet bağı bulunmadığını, söz konusu zararın zaten meydana geleceğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir²⁶⁰.

Yargıtay içtihatlarında, rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlıkları inceleyen ilk derece mahkemelerinin kimi zaman işverenin “önemli bir zarara uğrama ihtimali”ne değil de fiilen zarara uğrayıp uğramadığına bakarak karar verdiği görülmektedir. Bu gibi durumlarda Yargıtay ağırlıklı olarak, önemli zarara uğranması ihtimali bulunmasını rekabete aykırılık açısından yeterli bulsa da çelişkili kararlar verdiği de görülmektedir²⁶¹. Belirtmek gerekir ki, Yargıtay’ın işveren nezdinde bir

işletmenin büyüklüğü mutlak bir ölçü olmadığı gibi zararın işveren kuruluşlarınca önlenebilir olup olmamasının da herhangi bir önemi yoktur; zararın kolayca telâfi edilemeyecek olması yeterlidir. Şüphesiz, önemli zarar ihtimali, işçinin müşteri çevresine veya iş sırlarına nüfuz etmesi imkânı ile uygun bir neden-sonuç ilişkisi içinde de bulunmalıdır.”

²⁵⁸ Doğan, s. 97.

²⁵⁹ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 137’den naklen BGE 91 (1965) II, 372.

²⁶⁰ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 137.

²⁶¹ Önemli bir zararın gerçekleşmesi ihtimalinin rekabet yasağına aykırılık bakımından yeterli olduğu yönünde Yargıtay 11. HD. 2015/9713 E., 2015/12399 K., 23.11.2015 T. sayılı kararı :“Ayrıca, rekabet etmeme taahhüdü, işçinin, işverenin müşteri çevresine veya iş ve üretim sırlarına ait bilgileri kullanarak işverene önemli bir zarar verebilme ihtimalinin bulunduğu hallerde geçerlidir. İşçi, işverenin müşteri çevresi veya iş ve üretim sırlarına sahip olsa bile bu bilgilerin kullanılması işverene önemli bir zarar verebilecek nitelikte değilse yapılan rekabet yasağı sözleşmesi geçerli sayılamaz. Bu itibarla, davalının yaptığı işin mahiyeti gözetilerek işverene önemli bir zarar verebilme ihtimalinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken rekabet yasağının ancak işverenin önemli bir zararına sebep olması halinde geçerli olacağı gerekçesiyle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” ; Aynı yönde Yargıtay 11. HD., 2015/11383 E. , 2016/6482 K. , 13.6.2016 T. sayılı kararı :“Buna göre, rekabet yasağı kaydı karşısında, işverenin somut bir zarara uğraması gerekmekte olup, işçinin yaptığı iş nedeniyle edindiği bilgileri, çalışmaya başladığı başka bir rakip işletmede kullanarak davacı işverene önemli ölçüde zarar verme ihtimalinin bulunması yeterlidir. Bu durumda, mahkemece, davalı işçinin çalışmaya başladığı şirketin fiili olarak faaliyet alanı tespit edilerek davacı şirkete rakip olup olmadığı, davalı işçinin davacı bünyesinde iken yaptığı işi yapıp yapmadığı değerlendirilerek davalının eyleminin davacının önemli bir zararına sebep olma ihtimalinin olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulmasına karar vermek gerekmiştir.”. Yine aynı yönde Yargıtay 9. HD, 2010/25792 E., 2013/10539 K 28.3.2013 T. sayılı kararı: “Dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta, yasanın, somut bir zararı ispatlama zorunluluğu aramamış olmasıdır. Önemli olan. "hizmet akdinin sona erdiği tarihte işçinin elde ettiği bilgileri kullanarak, işverene önemli bir zarar vermesinin ihtimal dahilinde görülebilecek görülemeyeceğidir.”. Buna karşın Yargıtay’ın bazı kararlarında işveren nezdinde gerçekleştiği iddia edilen zararın ispat edilemediğinden bahisle rekabet yasağına aykırılık oluşmadığı yönünde kararlar verilmektedir. Yargıtay 11.HD. 2014/9676 E., 2015/6518 K., 7.5.2015 T. sayılı kararı: “Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davalının davacıya ait işyerinde öğrenmiş olduğu davacı

zararın gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırması ve bu doğrultuda karar vermesi hatalıdır.

Öğretide baskın olarak kabul edildiği üzere, işverenin “önemli bir zarara uğraması ihtimali”nin olmadığı durumda rekabet yasağı sözleşmesinin geçersiz addedilmesi yerinde bir düzenlemedir²⁶². Bu aynı zamanda TBK m. 447’nin 1. fıkrasında yer alan “*Rekabet yasağı, işverenin bu yasağın sürdürülmesinde gerçek bir yararının olmadığı belirlenmişse sona erer.*” düzenlemesiyle de uyumludur²⁶³. Bu hüküm işçinin çalışma özgürlüğünün korunması açısından önemli bir güvencedir²⁶⁴. Zira iş sırrı, üretim sırrı ve müşteri çevresi gibi kavramlar belirsizlik yaratmaktadır ve bunları çok geniş şekilde tanımlayan görüşler de dikkate alındığında, işçinin edindiği bilgileri kullanmasının işveren nezdinde önemli bir zarara yol açabilecek nitelikte olması şartı, işçinin menfaatinin korunmasını sağlamaktadır²⁶⁵. İşverene zarar vermeyecek bir bilginin işçi tarafından kullanılması halinde, işverenin korunacak bir hukuki menfaati de yoktur ve bu durumda işçinin çalışma özgürlüğü sınırlandırılmamalıdır.

C. İşçi Bakımından Koşullar

İşçi bakımından koşullar açısından, öncelikli olarak rekabet yasağı sözleşmesini imzalayan işçinin fiil ehliyetine sahip olması gerektiği TBK m. 444’te açıkça belirtilmiştir. Ayrıca işçinin işverenin üretim sırları, iş sırları gibi bilgilere sahip olması

şirkete ait sırların kullanılarak davacının zarara uğratıldığının ispat edilemediği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve taraflar arasında imzalanan rekabet yasağı sözleşmesinde 818 sayılı BK’nın 349. maddesi uyarınca coğrafi yer sınırlaması yapılmaması nedeniyle cezai şarta ilişkin sözleşme hükmünün batıl olmasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.”

²⁶² Ertan, Rekabet Yasağı, s. 135-136.

²⁶³ Aynı yönde Yargıtay 9. HD, 2010/25792 E., 2013/10539 K. 28.3.2013 T. sayılı kararı: “Burada “önemli” bir zarar ihtimalinden söz edilmiş olması, bazı yazarlar tarafından iddia edildiğinin tersine, gereksiz bir sınırlama sayılmamalıdır. Yasa koyucu bu koşulu, işçiyi korumak amacıyla bilinçli olarak aramıştır ve bu sınırlama, hem rekabet yasağı sözleşmesinin amacına uygun düşmekte, hem de işverenin “önemli bir menfaatinin kalmaması” halinde yasağın hükümden düşeceğini belirten BK. md.352 f. Kuralı ile uyum içinde bulunmaktadır.”

²⁶⁴ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 136; Kunt, s. 242.

²⁶⁵ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 136; Kunt, s. 242.

da gereklidir. Bu hususlar işveren bakımından koşullar kısmında detaylı olarak açıklanmıştır.

Fiil ehliyeti TMK m. 10'da "*Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır.*" şeklinde düzenlenmektedir. Dolayısıyla rekabet yasağı sözleşmesinin tarafı olan işçinin ancak ayırtma gücüne sahip olması, kısıtlı olmaması ve ergin olması halinde rekabet yasağı sözleşmesi geçerli olacaktır²⁶⁶. Ayrıca öğretide, işçinin fiil ehliyetine sahip olmadığı durumda, işçinin kanuni temsilcisi tarafından doğrudan veya kanuni temsilcinin sonradan onayı ile rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olarak kararlaştırılamayacağı da belirtilmektedir²⁶⁷. Bununla birlikte rekabet yasağı sözleşmesinin yapıldığı sırada işçinin fiil ehliyeti bulunmuyorsa sözleşme geçerli olmayacaktır. Başka bir deyişle işçinin daha sonradan fiil ehliyetine sahip duruma gelmesi, rekabet yasağı sözleşmesini geçerli hale getirmeyecektir²⁶⁸.

İşçinin fiil ehliyetine sahip olması yeterli görüldüğünden, fiil ehliyetinin ne şekilde kazanıldığı konusunda bir sınırlama yoktur. Dolayısıyla işçinin on sekiz yaşını doldurmuş olmasının yanı sıra, evlenme yoluyla veya mahkeme tarafından hükmen ergin kılınma yoluyla erginlik kazanıldığı durumlarda da işçi rekabet yasağı sözleşmesine taraf olabilecektir²⁶⁹.

II. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN SINIRLARI

Rekabet yasağı sözleşmelerinin bir yandan işverenin ekonomik menfaatini korurken, diğer taraftan da işçinin anayasal haklarını ve çalışma özgürlüğü üzerinde çok ciddi bir tehdit teşkil etmekte olduğunu çalışmamızın Birinci Bölüm'ünde irdelenmiştir. Ayrıca işçi ve işveren arasındaki sözleşmesel ilişkide, eşitler arasındaki bir sözleşme özgürlüğünden bahsetmenin mümkün olmadığını ve bundan dolayı da bireysel ve toplumsal menfaatlerin korunması amacıyla rekabet yasağı sözleşmelerinin kanun yoluyla sınırlandırılması gerektiğini ifade etmiştik. Hukukumuzda kanun

²⁶⁶ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 553.

²⁶⁷ Soyer, s. 45; Süzek, İş Hukuku, s. 351, Altay, s. 197; Manav, Geçerlilik Koşulları, s. 329; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 91-92.

²⁶⁸ Doğan, s. 99; Manav, Geçerlilik Koşulları, s. 329.

²⁶⁹ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 91-92; Doğan, s. 99.

koyucu, TBK m. 445 ile rekabet yasağı sözleşmesinin sınırlarını çizmiştir: “*Rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz.*”. Hükümden anlaşıldığı üzere, rekabet yasağının sınırlandırılmasında temel amaç işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye düşürülmemesidir. Bu itibarla da rekabet yasağının yer, zaman ve konu bakımından sınırlandırılması öngörülmüştür. Söz konusu sınırlandırmalar birbirinden bağımsız değildir ve birbiriyle bağlantılı bir şekilde bir bütün olarak değerlendirilmelidir²⁷⁰. Bu değerlendirme yapılırken de iş sözleşmesinin sona erdiği andaki şartlar dikkate alınmalıdır ve her somut olayın şartları özel olarak değerlendirilmelidir²⁷¹.

Rekabet yasağı sözleşmesinin yasal sınırlamalara aykırı olması halinde ise bunun sonucunun ne olacağı TBK m. 445’in 2. fıkrasında öngörülmüştür: “*Hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilir.*”.

Çalışmamızın devamında öncelikle söz konusu sınırlamalar ve ardından sınırlamalara aykırılık halinde hâkimin sözleşmeye müdahale etmesi hususları değerlendirilecektir.

A. İşçinin Ekonomik Geleceğinin Hakkaniyete Aykırı Olarak Tehlikeye Düşmemesi

TBK m. 445’in 1. fıkrasında düzenlendiği üzere, işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürülmemesi adına, rekabet yasağının kapsamı süre, yer ve konu bakımından sınırlandırılmıştır. Bu düzenlemenin amacı işçinin mesleğini icra edebilmesini engelleyecek nitelikte istismar edici rekabet yasaklarının önüne geçmektir²⁷². Eğer kanun koyucu işçi ile işveren arasındaki rekabet yasağı

²⁷⁰ Doğan, s. 100.

²⁷¹ Manav, Geçerlilik Koşulları s. 344; Doğan, s. 101.

²⁷² Süzek, İş Hukuku, s. 354.

sözleşmelerine müdahale etmez ve bu şekilde sınırlamalar getirmez ve sözleşme koşullarını tarafların serbest iradesine bırakır ise işçilerin çalışma özgürlüğünün çok büyük ölçüde sekteye uğraması kaçınılmazdır²⁷³. Modern hukuk sistemlerinde, rekabet yasağı sözleşmelerinin anayasal çalışma özgürlüğüne müdahale anlamına geldiği ve işçilerin ekonomik geleceğini tehlike altına attığı konusunda tartışmasız bir kabul bulunmaktadır²⁷⁴. Dolayısıyla, işçinin haklarını da korumak adına menfaatler arasında denge sağlanması ve rekabet yasağı sözleşmelerinin kanun koyucu tarafından sınırlandırılması meşru ve hatta bir gereklilik olarak görülmektedir²⁷⁵. Öğretide, hâkimin rekabet yasağı koşullarını ve sınırlara uygunluğunu değerlendirirken şüpheyeye düşmesi halinde, sözleşmenin işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürdüğü yönünde işçi lehine bir yorumda bulunması gerektiği belirtilmektedir.²⁷⁶

B. Süre Bakımından Sınırlama

Süresiz bir rekabet yasağı işçinin çalışma özgürlüğünün rafa kaldırılması anlamında gelir. Bununla beraber korunmak istenen ticari sırların da sonsuza dek sır olarak kalması veya bir ekonomik değer teşkil etmesi beklenemez²⁷⁷. Dolayısıyla rekabet yasağının süresi, hem işverenin korunması gereken menfaatlerini korumaya yeterli hem de işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmeyecek boyutta olmalıdır²⁷⁸. TBK m. 445 rekabet yasağının süresini, özel durum ve koşullar dışında en fazla 2 yıl olarak belirlemiştir. Rekabet yasağına ilişkin süre iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren işlemeye başlar ve dava açıldığı takdirde bu süre işlemeye devam eder²⁷⁹. İş sözleşmesinin süreli fesihle sona erdiği durumda da bildirim süresi sırasında iş ilişkisi devam ettiğinden, rekabet yasağı süresi iş sözleşmesi sona erene kadar işlemeyecektir²⁸⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki rekabet yasağının süresini 2 yıl ile

²⁷³ Kunt, s. 243; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 138; Doğan, s. 101-102; Mollamahmutoğlu/ Astarlı, s. 548-549.

²⁷⁴ Kunt, s. 243; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 138-139.

²⁷⁵ Kunt, s. 243; Fransa, Almanya ve Belçika hukuk sistemlerinde de aynı prensibin benimsendiğine ilişkin bkz. Ertan, Rekabet Yasağı, s. 139-140.

²⁷⁶ Soyer, s. 64; Süzek, İş Hukuku, 354; Sulu, Rekabet Yasağı, s. 583; TUNCAY, Can, Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları (Bir Yargıtay Kararı Üzerine), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, Ocak 2016, s. 497.

²⁷⁷ Tuncay, s. 489.

²⁷⁸ Doğan s. 102.

²⁷⁹ Süzek, İş Hukuku, s. 354; Kunt, s. 243; Baskan, s. 121; Doğan, s. 104.

²⁸⁰ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 156.

sınırlandıran hüküm nispi emredicidir ve toplu iş sözleşmesi ile bunun kısaltılması da mümkündür²⁸¹.

Diğer hukuk sistemlerinde genelde 2 ila 3 yıllık azami süreler öngörülmektedir. Mevzuat İsviçre Borçlar Kanunu'nda bu süre 3 yıldır²⁸². Alman hukukunda ise 2 yıllık sınırlama öngörülmektedir²⁸³. Fransız hukukunda ise rekabet yasağının bir süreyle sınırlanması gerektiği (*limitation temporelle*) belirtilmektedir ve azami süre genellikle 18 ay olarak benimsenmektedir²⁸⁴. İngiltere ve ABD hukuk sistemlerinde ise hakkaniyet/makullük (*reasonableness*) doktrini uyarınca, rekabet yasağı süresinin makul olup olmadığı her bir somut olayda ayrı bir şekilde değerlendirilmektedir²⁸⁵. İtalyan hukukunda ise yöneticiler için 5 yıl diğer işçiler için 3 yıllık azami süre olabileceği öngörülmüştür²⁸⁶. Bu bakımdan İtalyan hukukunda nispeten uzun bir süre öngörülmüş olduğu, ancak önemli bir farklılık olarak yönetici konumundaki işçiler ile diğer işçiler arasında bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Belçika hukukunda ise azami süre 1 yıl olarak düzenlenmiştir ve fikir işçileri (*bedienden*) ile beden işçileri (*arbeiders*) arasında bir ayırım yapılarak fikir işçileri açısından on iki aydan daha uzun bir rekabet yasağı getirilmesi olanaklı kılınmıştır²⁸⁷.

Mülga BK'da rekabet yasağı süresi bakımından bir sınırlama öngörülmemiştir ve bu husus doktrinde eleştirilmekteydi²⁸⁸. Bu nedenle TBK ile öngörülen 2 yıllık süre sınırlandırılması isabetli bulunmaktadır²⁸⁹. Hükmün lafzında "...süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz" denildiğinden, "özel durum ve koşullar" halinde bu sürenin daha fazla olabileceği anlaşılmaktadır. Öğretide, işçinin işyerindeki konumu ve özellikle üst düzey yönetici olması veya ticari sırlar ile ilgili ileri derecede uzmanlık seviyesine sahip olması gibi haller özel ve durum koşullara örnek olarak

²⁸¹ **Süzek**, İş Hukuku, 354; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 156; **Doğan**, s. 104.

²⁸² **Süzek**, İş Hukuku, s. 354.

²⁸³ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 140.

²⁸⁴ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 141.

²⁸⁵ **Sulu**, Rekabet Yasağı, s. 585.

²⁸⁶ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 153; **Sulu**, Rekabet Yasağı, s. 585.

²⁸⁷ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 142.

²⁸⁸ **Soyer**, s. 21; **Altay**, s. 184; **Doğan**, s. 103; **Sulu**, Rekabet Yasağı, s. 584.

²⁸⁹ **Süzek**, İş Hukuku, s. 354; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 154.

gösterilmektedir²⁹⁰. Fakat “özel durum ve koşullar” kavramı muğlak bir ifade olduğundan, eleştiriye açık olduğunu belirtmekte fayda vardır. Zira bu tür belirsiz bir kavramın işverenlerce kötüye kullanılması söz konusu olabilecektir²⁹¹. Öğretide, söz konusu hüküm sebebiyle işverenlerin işçilere her daim 2 yıldan daha uzun süreli rekabet yasakları dayatacağı, hakimin özel koşulların var olup olmadığını incelemek zorunda kalacağı, bilirkişi incelemesi gibi süreçlerle yargılamanın da uzayacağı ve 2 yıllık süre sınırlanmasının güttüğü amacı gerçekleştiremeyeceği savunulmaktadır²⁹². Bu bağlamda “özel durum ve koşullar”ın neler olabileceğinin uygulama ve yargı kararları ile netleştirilmesi gerekmektedir²⁹³. Aynı yaklaşım, Mehaz İBK’da da bulunmaktadır ve buna göre 3 yıllık rekabet yasağı süresinin, özel koşulların var olması durumunda aşılabilmesi mümkündür²⁹⁴. Yol gösterici olması açısından, İsviçre hukukunda bu kavrama nasıl yaklaşıldığı önem arz etmektedir. İsviçre öğretisinde 3 yıllık sürenin salt bir ispat kuralı olarak anlaşılması gerektiği ve üç yıldan daha uzun süreli bir rekabet yasağı için gerekli özel koşulların varlığının işverence kanıtlanması gerektiği belirtilmektedir²⁹⁵. İsviçre Ulusal Meclisi Komisyonu “...özel koşullar...” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak işyerindeki pozisyonu sayesinde önemli üretim süreçleri hakkında bilgi sahibi olan, nitelikli ve yüksek ücretli bir kimyageri örnek göstermiştir²⁹⁶. Ayrıca 3 yıldan daha uzun bir sürenin kararlaştırılabilmesi için (i) işverenin özel menfaatini haklı kılan bir durum bulunması ve (ii) yasağın işçinin ekonomik durumunu ciddi biçimde güçleştirmemesi koşullarının bir arada olması gerektiği belirtilmektedir²⁹⁷.

²⁹⁰ Taşkent/Kabakçı, s. 30; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 552; ÇAKIR, Aytuğ Ceyhun/ SOLAK, Ekrem, Rekabet Yasağı Sözleşmesi Çerçevesinde Ceza Koşulu, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 9, Ocak 2015, s. 66.

²⁹¹ Doğan, s. 103.

²⁹² Ertan, Rekabet Yasağı, s. 154-155; Ayrıca yazar “...özel durum ve koşullar dışında...” ibaresinin anayasal çalışma özgürlüğüne aykırı olduğunu ve tarafların anayasaya aykırılık iddiası ileri sürerek, somut norm denetimi yoluyla bu sözcüklerin iptalini sağlaması gerektiğini savunmaktadır bkz. Ertan, Rekabet Yasağı, s. 155.

²⁹³ Sulu, Rekabet Yasağı, s. 584; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 155-156.

²⁹⁴ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 146.

²⁹⁵ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 146.

²⁹⁶ Ayrıca İsviçre öğretisinde üretim sırlarının üç yıldan daha uzun süreli rekabet yasağını haklı kıldığına, zira yeni bir ürünün geliştirilmesinin üç yıldan daha uzun bir süre alabileceğine ilişkin bkz. Ertan, Rekabet Yasağı, s. 146.

²⁹⁷ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 146

Öğretide işverene ait ticari sırlar ile müşteri çevresine ilişkin bilgilerin korunması açısından, rekabet yasağı süresinin farklılık arz edebileceği ve hâkimlerin de bunu gözetmesi gerektiği savunulmaktadır. Zira müşteri çevresini oluşturmak veya bunu koruma altına almak, ticari sır ve teknik bilgilerin oluşturulması ve koruma altına alınmasına kıyasen daha kolaydır. Bu itibarla müşteri çevresine ilişkin korunması daha kısa bir rekabet yasağı süresi ile sağlanabilecekken, ticari sırların korunması için daha uzun bir rekabet yasağı süresi kararlaştırılması geçerli kabul edilmelidir²⁹⁸.

İşverenin korunan menfaatinin yanı sıra, işçinin durumu ve rekabet yasağına ilişkin diğer faktörler de rekabetin yasağının süresi belirlenirken bir bütün olarak ele alınmalıdır²⁹⁹. Bu itibarla işçinin uzmanlığı, üst düzey yönetici olup olmadığı, işçinin yapabileceği başka işler olup olmadığı, işverenin yasağın getirilmesindeki menfaatinin önem derecesi, işçinin vakıf olduğu sırrın niteliği, yasağın konu ve yer itibarıyla kapsamı gibi çeşitli faktörler de rekabet yasağının süresi belirlenirken dikkate alınmalıdır³⁰⁰.

C. Yer Bakımından Sınırlama

Rekabet yasağının yer bakımından sınırlandırılması işçinin rekabet etmeme fiilini hangi coğrafi alanda yerine getireceğinin belirli ve sınırlı olmasını ifade etmektedir³⁰¹. TBK m. 445, rekabet yasağının geçerliliği için yer bakımından bir sınırlama yapılması gerekliliğini öngörmüştür³⁰². Bu itibarla rekabet yasağı sınırlandırılırken, coğrafi bir bölge, ülke veya şehir olarak sınırlandırma yapılmalıdır³⁰³.

Öğretide, rekabet yasağının kapsamındaki yer ile işverenin fiilen yürüttüğü faaliyet alanının sınırlarının örtüşmesi gerektiği ve rekabet yasağının işverenin faaliyet

²⁹⁸ **Soyer**, s. 65; **Doğan**, s. 103; **Manav**, Geçerlilik Koşulları, s. 346; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 148-149.

²⁹⁹ **Kunt**, s. 244; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 148-149; **Doğan**, s. s 103; **Baskan**, s. 121.

³⁰⁰ **Kunt**, s. 244; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 148-149; **Doğan**, s. s 103; **Baskan**, s. 121.

³⁰¹ **Soyer**, s. 66; **Doğan**, s. 104; **Baskan**, s. 120.

³⁰² **Süzek**, İş Hukuku, s. 355; **Baskan**, s. 120.

³⁰³ **Süzek**, İş Hukuku, s. 355; **Kunt**, s. 245; **Baskan**, s. 120; **Doğan**, s. 104-105.

alanını aşmaması gerektiği savunulmaktadır³⁰⁴. Zira işverenin faaliyet alanını aşan bir yerlerde, çalışanın rekabet etmesi ve hizmet ilişkisi sırasında edinme imkânı bulunduğu bilgileri kullanmasının işveren nezdinde zarara yol açması söz konusu olmayacağından, işverenin korunmaya değer bir menfaati bulunmamaktadır³⁰⁵. Başka bir görüşe göre ise, rekabet yasağının yer bakımından sınırlandırılmasında işverenin fiili faaliyet alanını aşacak bir alan belirlenmesi söz konusu olabilir³⁰⁶. İşçinin çalıştığı işletme ileri derece bir uzmanlık gerektiren yapıya sahipse, işverenin korunma değer menfaati de geniş olabileceğinden, işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmemek kaydıyla rekabet yasağı sınırının işverenin fiili faaliyet alanından daha geniş olabileceği belirtilmektedir³⁰⁷. Rekabetin yasaklandığı alan ile işverenin fiili faaliyet alanının örtüşmediği ve tamamen farklı olduğu durumda, rekabet yasağı sözleşmesi geçersiz kabul edilmelidir zira bu durumda işverenin korunmaya değer herhangi bir menfaati bulunmayacaktır³⁰⁸. Ancak işverenin fiili faaliyet alanını aşan şekilde bir alan sınırlandırılması yapılmışsa, bu durumda rekabet yasağının kısmi geçersiz olduğu ve hâkim tarafından bu coğrafi alanın daraltılarak işverenin fiili faaliyet alanına indirgenmesi gerektiği belirtilmektedir³⁰⁹.

Bununla beraber, rekabet yasağı kaydının var potansiyel müşteri çevresini değil mevcut müşteri çevresini koruduğu bu bağlamda da, yer bakımından sınırlamanın sadece o bölgedeki mevcut müşterilerle sınırlı olacağı ve işçinin o bölgedeki yeni müşterilerle temasa geçmesinin rekabet yasağına aykırılık teşkil etmeyeceği belirtilmektedir³¹⁰.

Rekabet yasağı kapsamındaki alanın işçi açısından anlaşılabilir olması ve şüpheye yer bırakmaması gerekir³¹¹. “İşverenin faaliyet gösterdiği bölgeler” şeklinde

³⁰⁴ **Süzek**, İş Hukuku, s. 355; **Baskan**, s. 120; **Doğan**, s. 104-105.

³⁰⁵ **Soyer**, s. 66; **Süzek**, İş Hukuku, s. 355; **Manav**, Geçerlilik Koşulları, s. 347; **Doğan**, s. 105;

³⁰⁶ **Taşkent/ Kabakçı**, s. 31; **UŞAN, Fatih**, Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme), Sicil, 21, Mart 2011, s. 123; **TÜZÜNER, Özlem**, Hizmet İlişkisinde Rekabet Yasağı Kaydının Yer İtibarıyla Sınırlandırılması, Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, Eylül 2012, s. 80; **Doğan**, s. 105.

³⁰⁷ **Soyer**, s. 66; **Manav**, Geçerlilik Koşulları, s. 347; **Doğan**, s. 105.

³⁰⁸ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 175.

³⁰⁹ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 175.

³¹⁰ **Soyer**, s. 21.

³¹¹ **Doğan**, s. 106.

bir atıfla da alanın sınırlandırılması mümkündür³¹². Bununla beraber, işverenin faaliyet alanının rekabet yasağının başlangıç tarihinden sonra genişlemesi veya değişmesi halinde, işçinin rekabet yasağının yer bakımından kapsamı buna göre genişlemeyecek veya değişmeyecektir³¹³. Bu noktada önemli olan husus, somut olayın şartları değerlendirilerek getirilen sınırlama ile işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı bir biçimde sınırlandırılmamasını sağlamak olmalıdır³¹⁴.

Rekabet yasağının yer bakımından sınırlandırılmadığı durumda Yargıtay'ın görüşü, rekabet sözleşmesinin tamamen geçersiz olacağı yönündedir³¹⁵. Öte yandan, rekabet yasağı kapsamının işverenin faaliyet alanını aşan ve işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı bir biçimde sınırlayan geniş bir alana yayılması durumunda ne olacağı tartışmalıdır. Tüm Türkiye'yi kapsayacak şekilde kararlaştırılan rekabet yasağı sözleşmeleri açısından, Yargıtay 9. HD. 1999 yılında verdiği bir kararda, bu durumda rekabet yasağı sözleşmesinin geçersiz olduğuna karar vermiştir

³¹² Yargıtay'ın 1999 yılında verdiği karar aynı yöndedir: “*Davacı ile davalı arasındaki hizmet sözleşmesinde yer alan ve kendi isteği ile ayrılan personelin, ayrıldığı tarihten itibaren 6 ay süresince şirketin izni olmadan, şirketin faaliyet gösterdiği yerlerde ve çalışma konusuna giren bir işte çalışamayacağını öngören özel şart hukuki olarak geçerlidir.*” (Yargıtay 9. HD 1999/5784 E. 1999/9049 K. 18.05.1999 T. sayılı kararı). Karşı görüşte olan bir yazar, böyle bir sınırlamayı genel ve soyut bulmaktadır; zira modern dünyada, işverenlerin faaliyet alanının coğrafi sınırlarının tüm hatlarıyla bilinebilmesi mümkün değildir ve böyle bir ifadenin kabulü işçiye yeterli bir hukuki güvence sağlamamaktadır bkz. **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 171.

³¹³ **Sulu**, Rekabet Yasağı, s. 586.

³¹⁴ **Doğan**, s. 106.

³¹⁵ Yargıtay 11. HD., 2015/8490 E., 2016/3062 K. , 21.3.2016 T. sayılı kararı ile yer bakımından sınırlandırılmadığı için rekabet yasağı sözleşmesini geçersiz addeden ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır: “*Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; taraflar arasında imzalanan rekabet yasağı ve sır saklama sözleşmesinde rekabet yasağının kapsamının yer bakımından sınırlama getirilmeden belirlendiği, bu durumun işçinin ekonomik anlamda yıkımına sebebiyet vereceğinden söz konusu sözleşmenin geçersiz olduğu, rekabet yasağı ve sır saklama sözleşmesinin geçersizliği karşısında davalının çalışmaya başladığı şirket için bir kısım müşterilere düşük fiyat teklifinin ticari sırrın paylaşılması suretiyle haksız rekabet olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.*”; Yargıtay 11. HD., 2015/13178 E., 2016/3487 K. , 30.3.2016 T. sayılı kararı ile ilk derece mahkemesi tarafından aynı yönde verilen başka bir karar da onanmıştır: “*Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve her ne kadar taraflar arasında akdedilen sözleşmenin 3.1.2.2. maddesinde “İşgören, sözleşmenin yürürlüğe girmesinden itibaren bildirimli olarak tek taraflı veya iki taraflı da olsa fesih edilmesi durumunda, aynı sektörde doğrudan ya da dolaylı olarak 2 yıl süre ile her türlü danışmanlık, bayilik, sözleşmeli veya sözleşmesiz personel olarak çalışamaz. Çalıştığı takdirde veya tespit edilirse 50.000,00 TL tazminat ödemeyi kabul etmiş sayılır.” hükmü bulunmakta ise de, anılan maddede coğrafi sınırın belirtilmemiş olması nedeniyle işbu sözleşme hükmünün geçersiz olmasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.*”.

ve bu yönde kararlar vermeye devam etmiştir.³¹⁶ Yargıtay'ın söz konusu içtihadı öğretide eleştirilmiştir ve birçok yazar, işverenin haklı menfaati var ise rekabet yasağının Türkiye'yi kapsayan ve hatta ülke sınırlarını aşan şekilde kararlaştırılabileceğini savunmaktadır³¹⁷. Zira Almanya, Belçika ve Hollanda gibi ülkelerde de ülke çapında sınırlamalar öngörüldüğü, ancak bu nedenle rekabet yasağı sözleşmelerinin doğrudan geçersiz addedilmediği, rekabet yasağına ilişkin düzenlemenin sadece yer bakımından uygun bir sınırlama öngördüğünü, yeri geldiğinde Türkiye'nin de rekabet etmeme açısından uygun bir sınır olabileceğini, bu uygun değilse bile hâkimin bunu daraltma yetkisine sahip olduğu belirtilmektedir³¹⁸. Kanaatimizce de özellikle, Mülga BK'da olmayan ancak TBK m. 445'in 2. fıkrası ile hâkime tanınan sözleşmeyi sınırlandırma yetkisinin varlığı karşısında bu görüş isabetlidir. Yargıtay'ın daha sonraki yıllarda verdiği kararlarda ise işçinin yabancı uyruklu olması durumunda Türkiye çapında sınırlandırmanın kabul edildiği görülmektedir³¹⁹. Nitekim Yargıtay'ın son yıllarda verdiği güncel kararlarda da bu görüşün iyiden iyiye benimsendiği, Türkiye çapında ve hatta dünya çapında

³¹⁶ **Doğan**, s. 106'dan naklen Yargıtay 9 HD. 1999/8262 E., 1999/12073 K., 6.7.1999 T.; Daha sonraki yıllarda da Yargıtay'ın kararları aynı yöndedir, bkz. Y9HD 2008/24493 E. 2010/10480 K. 15.04.2010 T. sayılı kararı: “*.Dairemizce, Türkiye sınırları içinde rekabet etmeme yönünden öngörülen düzenlemelere geçerlilik tanınmamıştır...*”, Aynı yönde Yargıtay 11. HD., 2015/4311 E., 2015/11343 K. , 2.11.2015 T. sayılı kararında “*Sözleşmede öngörülen rekabet yasağı; ancak işçinin iktisadi geleceğinin hakkaniyete muhalif olarak tehlikeye girmesini menedecek surette zaman, yer ve işin nevi noktasından hal icabına göre münasip bir hudut dahilinde şart edilmiş ise geçerlidir. Bu açıklamalardan sonra somut olaya dönüldüğünde; davalının imzaladığı hizmet akdinin rekabet yasağına ilişkin maddesinde yer alan coğrafi alan sınırlaması, işçinin iktisaden mahvına sebep olacak düzeyde geniş bir alanı (Tüm Türkiye sınırlarını) kapsamaması ve sözleşmede yer alan davacı şirketin faaliyet alanının tüm inşaat sektörünü ilgilendirmesi nedeniyle yukarıda açıklanan çalışma özgürlüğüne, akit serbestisine ilişkin yasal düzenlemelere aykırı olup...*”, denilerek rekabet yasağı geçersiz addedilmiştir; ancak bu kararda karşı oy yazısında “*Somut olayda, taraflar arasında imzalanan Sözleşmede rekabet yasağı tüm Türkiye yönünden öngörülmüştür. Sözleşmede bulunan rekabet yasağı sınırının tüm ülkeyi kapsamasının işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı şekilde tehlikeye düşüreceğini ve bu nedenle geçerli olmadığını biz de kabul etmekteyiz. Bununla birlikte, sadece 6098 S. TBK döneminde değil, 818 S. BK'nın uyguladığı dönemde dahi, tüm ülke yönünden geçersiz olan bir Sözleşme hükmünün, tarafların sözleşme yapma iradesine uygun olarak, makul bir coğrafi alan yönünden geçerli, makuliyet dışında kalan alan yönünden ise geçersiz olduğunu düşünmekteyiz.*” denilerek rekabet sözleşmesinin geçersiz kabul edilmesi yerine coğrafi alanın bakımından daraltılarak sözleşmenin geçerli kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur.

³¹⁷ **Uşan**, s. 123; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 552; **Taşkent/Kabakçı**, s. 31; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 172-173.

³¹⁸ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 172-173.

³¹⁹ **Kunt**, s. 244; Yargıtay 9. HD, 2011/20759 E., 2013/19695 K., 26.6.2013 T. sayılı kararı: “*... Dairemizce Türkiye sınırları içinde rekabet etmeme yönünden öngörülen düzenlemelere geçerlilik tanınmamıştır. Ancak yabancı uyruklu olup çalışma hayatının çoğunu Türkiye dışında geçirmiş bir işçi bakımından rekabet yasağının ülke sınırlarıyla belirlenmesi mümkün olabilecektir. Yine il sınırları ya da belli bir bölgeyle sınırlandırma, işin niteliğine göre yerinde görülebilir...*”; Aynı yönde bkz. Yargıtay 9. HD., 2010/41139 E. , 2013/3827 K. , 31.1.2013 T. sayılı kararı.

sınırlamalar öngören rekabet yasağı sözleşmelerini geçersiz addeden ilk derece mahkeme kararlarının Yargıtay tarafından bozulduğu görülmektedir³²⁰. Yargıtay'ın Türkiye çapındaki rekabet yasakları yönünden vermiş olduğu bu kararlar isabetli olup, dünya çapındaki sınırlamalar açısından verdiği kararlar eleştirilebilir. Öğretideki bir görüşe göre rekabet yasağının kapsamına yabancı ülkelerin dâhil edilmesinde bir engel yoktur; fakat dünya genelinde bir yasak içeren rekabet yasağı sözleşmesi aslında yer bakımından bir sınırlandırma içermemektedir ve bu nedenle dünya genelinde bir sınırlandırma yapılması ile hiçbir sınırlandırma yapılmaması arasında bir fark bulunmamaktadır³²¹. Kanaatimizce bu görüş oldukça isabetlidir ve dünya genelinde rekabet yasağı öngören sözleşmelerin doğrudan geçersiz addedilmesi gerekmektedir. Aksi bir kabul halinde, rekabet yasağı sözleşmelerinin yer bakımından sınırlandırılmasına ilişkin yasal düzenlemenin hiçbir anlamı kalmayacaktır. Bu durumda işverenler rekabet sözleşmelerine her halükarda dünya genelinde bir sınırlama koyarak, işçileri belirsizlikle karşı karşıya bırakabilecek ve rekabet yasağına ilişkin coğrafi alanın tespit edilmesi külfetini de mahkemeye yükleyebilecektir. Öte yandan, kural olarak tüm dünyayı kapsayan rekabet yasağı sözleşmelerinin geçersiz olması gerektiğini savunuyor olsak da çok istisnai durumlarda işçinin vakıf olduğu bilgiler, Coca-Cola'nın formülüne dair bir gıda mühendisliği bilgisi gibi, büyük bir sır

³²⁰ Yargıtay 11. HD., 2015/1658 E., 2016/2244 K., 1.3.2016 T. sayılı kararı: “*Türk Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağına ilişkin 445. maddesinde, rekabet yasağının, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içermeyeceği ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamayacağı* belirlenmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, hâkimin, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabileceği belirlenmiştir. Burada hakime aşırı nitelikteki rekabet yasağının kapsamını veya süresini sınırlama yetkisi verilmiştir. Bu itibarla, yürürlük kanunu uyarınca somut olaya uygulanması gereken TBK'nın 445/2. maddesi uyarınca bir değerlendirme yapılmaksızın, rekabet yasağının yer bakımından çok geniş bir alanı kapsadığından hakkaniyete aykırı olduğu ve bu nedenle sözleşmenin geçersiz olduğundan bahisle davanın reddine karar verilmesi doğru bulunmamış, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir.”; Yargıtay 11. HD., 2015/12450 E., 2016/6672 K., 16.6.2016 T. sayılı kararı :“*Tüm bu yapılan açıklamalar çerçevesinde her ne kadar mahkemeye, taraflar arasında imzalanan sözleşmelerde yer alan “Tüm Dünya” ibaresinin yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğu kabul edilmiş ise de ...'nın 445/1 ve 2. maddesi hükmü nazara alındığında hakime, rekabet yasağı sözleşmesindeki aşırı hükümlere karşı sözleşmeyi ayakta tutacak önlemleri alma ve sözleşmeye müdahale etme imkanı tanınmış olup, somut uyuşmalıkta rekabet yasağı konusunda tarafların iradeleri birleştiğinden anılan sözleşmede kesin hükümsüzlük-butlan hali bulunmayıp hakimin müdahalesi ile giderilebilecek hükümsüzlük hali bulunduğundan ...'nın 445/2. maddesi hükmüne göre bir değerlendirme yapıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yanlıgılı değerlendirme ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.”.*

³²¹ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 174.

teşkil ediyorsa rekabet yasağı sözleşmesinin tüm dünya ile sınırlanması da geçerli kabul edilmelidir³²².

Son olarak belirtmek isteriz ki hâkim yer bakımından sınırlamanın hukuka uygun yapılp yapılmadığı yönündeki denetimini yaparken, TBK m. 445'in 2. fıkrasında öngörüldüğü gibi rekabet yasağına ilişkin konu, süre ve karşı edim gibi hususları da göz önünde bulundurmalıdır.

D. Konu Bakımından Sınırlama

Rekabet yasağı işçinin, işveren nezdinde yapmakta olduğu işle doğrudan ilgili bir alanda olmalıdır³²³. Başka bir deyişle, işletmenin faaliyet alanı içerisinde ve işçinin hizmeti sırasında çalıştığı alan ile sınırlı bir rekabet yasağı belirlenmelidir³²⁴. Dolayısıyla, “kimya alanında” veya “bilgisayar alanında” şeklinde genel ifadelerle işçinin rekabetini değil de mesleğini yasaklayan sınırlamalar geçersiz kabul edilmelidir³²⁵. Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta mesleği elektronik mühendisi olan işçinin, işten ayrıldıktan sonra rakip bir şirkette yine aynı alanda çalışmaya başlaması, işçinin eski işverenin ticari sırlarını taşımadan kendi bilgi ve tecrübesini kullanarak mesleğini icra etmesi niteliğinde değerlendirilmiştir ve bu eylemin rekabet yasağı teşkil etmediğine karar vermiştir³²⁶. Öte yandan, eğer işçinin işverenin yanında çalışırken göreviyle ilgili olmayan bir alan ile ilgili olarak ticari sırlara veya müşteri

³²² Tüzüner; s. 80.

³²³ Süzek, İş Hukuku, s. 355; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 552.

³²⁴ Soyer, s. 68; Kunt, s. 245; Manav, Geçerlilik Koşulları, s. 351; Doğan, s. s. 109.

³²⁵ Soyer, s. 67-68; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 189; Doğan, s. 109.

³²⁶ “Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, taraflar arasında 29/05/2012 tarihinde belirsiz süreli iş sözleşmesi imzalandığı, sözleşmenin 7. maddesinde işçinin haksız rekabet yasağına aykırı davranışları ve bu davranışın sonuçları konusunda düzenlemeler yapıldığı, davacı şirket ile davalının sonradan çalışmaya başladığı dava dışı şirketin faaliyet alanlarının benzer olduğu, davalının davacı şirkette elektronik mühendisi olarak çalışırken PLC yazılımı ve PLC kontrol sistemi yazılım işini yaptığı, sonradan işe başladığı şirkette de elektronik mühendisi olarak benzer işlerle uğraştığı, davalının davacı şirketin ticari sır mahiyetindeki bilgi ve yazılımlarını davalı şirkete taşımış olmadığı, davalının elektronik mühendisi olmasının gerektirdiği bilgi ve birikimini yeni çalışmaya başladığı şirkette de kullanmaya devam ederek o şirket adına PLC programlama ve PLC yazılımı yapmaya başladığı, davalı PLC Yazılım ve PLC programlama yeteneğini dava dışı şirket bünyesinde kullanmaya devam ettiği, davalının rekabet yasağına aykırı bir eylem ve davranışı olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir....Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.”(Yargıtay 11.HD 2015/14496 E., 2017/113 K., 9.1.2017 T.)

çevresine vakıf olması durumunda, göreviyle ilgisi olmasa da bu konulara ilişkin bir rekabet yasağı kararlaştırılması gerektiği, çünkü bu durumda işverenin korunmaya değer bir menfaati bulunduğu savunulmaktadır³²⁷. Rekabet yasağının konu bakımından sınırlandırılmasına ilişkin olarak TBK m. 444'te rekabet yasağı sözleşmesinin içeriğinin, yani rekabet yasağı uyarınca işçinin kaçınması gereken eylemlerin neler olabileceğini düzenlenmektedir. Bu hükme göre “...işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir.” denilmektedir. Çalışmamızın Birinci Bölüm'ünde “Rekabet Yasağı Sözleşmesinin İçeriği” kısmındaki açıklamalarımızda detaylı olarak belirtildiği üzere, işçinin rekabete konu eyleminin rekabet teşkil etmesi için işverene “rakip” bir işletme ile ilişki içerisinde olması gereklidir.

Rekabet yasağının konu bakımından sınırlandırılmasında, konunun çerçevesi tam olarak belirlenemiyor ve şüphe doğruyorsa işçi lehine yorum ilkesinin benimsenerek, rekabet yasağı kapsamının dar yorumlanması gerektiği savunulmaktadır³²⁸. Özellikle işveren tarafından dikte edilen ve tek taraflı olarak kaleme alınan, işçinin bir pazarlık gücünün bulunmadığı rekabet yasağı sözleşmelerinde anlamda belirsizlik olmasının sonucuna da işverenin katlanması gerektiği vurgulanmaktadır³²⁹. Örneğin işçinin rakip bir işletmeyle iş sözleşmesi akdetmesini yasaklayan bir rekabet yasağının esas itibarıyla bağımsız çalışmayı kapsamadığı kabul edilmelidir³³⁰.

Alman öğretisindeki “işle bağlantılı rekabet yasağı” (*Tätigkeitsbezogene Wettbewerbsverbote*) ve “işletmeyle bağlantılı rekabet yasağı” (*Unternehmensbezogene Wettbewerbsverbote*) şeklindeki ayrım dikkat çekicidir. Rekabet yasağı kapsamında işçinin yapmaması gereken işlerin sayıldığı durumda işle

³²⁷ Soyer, s. 68; Manav, Geçerlilik Koşulları, s. 351; Doğan, s. s. 110; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 196.

³²⁸ Soyer, s. 28; Doğan, s. 132; Altay, s. 193-194; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 178.

³²⁹ Süzek, İş Hukuku, s. 25-27; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 75.

³³⁰ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 176.

bağılantılı rekabet yasağı, işçinin çalışmaması gereken işletmeler veya sektörler sayıldığı durumda ise işletmeyle bağılantılı rekabet yasağından söz edilmektedir. Ancak işle bağılantılı rekabet yasağı belirlendiği takdirde, işverenin daha sonradan bunun denetimini yapmasının çok zor olduğu ve yeni işverenin işçiyi kağıt üstünde başka bir görevde çalışıyor gibi göstererek bu yasağı dolaşabileceği bu nedenle işveren tarafından tercih edilmemesi gerektiği belirtilmektedir. Buna karşın rakip işletmeler ve belirli sektörlerin rekabet yasağı kapsamında sayılması halinde, buna aykırılığın tespiti daha basittir.³³¹

İşverenin grup şirket şeklinde bir yapılanması bulunduğu takdirde, işçinin çalıştığı işverenin dışında kalan diğer şirketlerin de rekabet yasağı sözleşmesi ile koruma altına alınıp alınamayacağı da tartışılan bir husustur. Öğretide, kural olarak her şirketin ayrı bir tüzel kişi olduğu ve rekabet yasağının yalnızca işçiyi istihdam eden şirket açısından koruma sağlayacağı, ancak işçinin üst düzey bir yönetici olması halinde diğer şirketlerin sırlarına da nüfuz etme imkânı olabileceği ve bu durumda diğer şirketlerin de rekabet yasağı sözleşmesinin korumasından faydalanabileceği savunulmaktadır³³². Yargıtay önüne gelen somut bir olayda “Kurumsal Yönetim ve Stratejik Planlama Bölüm Yöneticiliği” görevinde üst düzey yönetici olarak çalışan bir işçi, işverenden ayrıldıktan işverenin hâkim ortağının müşteri portföyündeki bir şirkete rakip olan bir şirkette çalışmaya başlamıştır ve işveren de rekabet yasağının ihlali gerekçesiyle işçiye dava açmıştır. Yargıtay bu eylemin, işçinin daha önce çalıştığı şirketin hâkim ortağı olan ana şirketi zarara uğratabilecek nitelikte olduğuna ve bu durumda davacı şirketin (yani rekabet sözleşmesine taraf olan iştirakin) de dolaylı olarak zarar uğrayabileceğine kanaat getirmiş ve rekabet yasağına aykırılık bulunduğuna karar vermiştir³³³.

³³¹ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 176-177.

³³² Soyer, s. 69-70; Manav, Geçerlilik Koşulları, s. 351; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 197; Doğan, s. 109.

³³³ Yargıtay 9. HD, 2008/41875 E., 2010/35558 K., 02.12.2010 T. sayılı kararı: “Davacı şirketin, ana hissedarı ve en önemli müşterisi olan ...’in faaliyetlerine olan katkısı nedeniyle GSM. Hizmetleri sektöründe çok önemli bir yerde bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle ...’i zarara uğratabilecek bir husus, davacı şirketi de zarara uğratabilecek bir etkiye sahip olacaktır. Rekabet yasağının mevcudiyeti için gerçekleşen bir zarar aranmamaktadır. Ekonomik zarar tehlikesinin bulunması yeterlidir. Dolayısı ile işçinin, işverenin müşteri portföyünde bulunan bir şirketin rakibi olan başka bir şirkette çalışması rekabet yasağının ihlali sayılmalıdır.”

Konu bakımından sınırlandırılmamış rekabet yasağı sözleşmelerinin geçersiz olduğu kabul edilmekle beraber, konunun aşırı geniş bir biçimde belirlenmesi halinde sözleşmenin akıbeti tartışmalı olabilmektedir. Yargıtay önüne gelen bir rekabet yasağı kaydında “...Türkiye’deki tüm bankalarda çalışmamayı kabul ve taahhüt eder...” şeklindeki sınırlama hem yer hem de konu açısından bir sınırlandırma olmadığı gerekçesiyle böyle bir kaydın geçersiz kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir³³⁴. Yer bakımından sınırlama konusundaki daha önceki açıklamalarımız aynen geçerli olmakla beraber, konu bakımından sınırlama açısından da bu gerekçenin hatalı olduğu, zira söz konusu kaydın aslında konu bakımından bir sınırlandırma içerdiği, dolayısıyla doğrudan rekabet yasağı sözleşmesinin geçersiz addedilmesinden çok geniş olan konunun hâkim tarafından daraltılması yoluna gidilmesinin daha isabetli olacağını belirtmek mümkündür³³⁵.

III. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN SINIRLAMALARA AYKIRILIĞI VE HAKİMİN MÜDAHALESİ

A. Genel Olarak

Rekabet yasağı sözleşmeleri hakkında süre, yer ve konu bakımından öngörülen sınırlamalar ile ilgili olarak, TBK m. 445’in 2. fıkrasında “*Hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilir.*” denilmektedir. Söz konusu hüküm Mülga BK’da yer almamaktaydı ve Mehaz İBK’da yer alan bu düzenlemenin Türk hukukunda da yasallaşması gerektiği savunulmaktaydı. Hatta Mülga BK’da yasal düzenleme olmamasına rağmen hâkimin yine de sözleşmeye müdahale yetkisini

³³⁴ Yargıtay 9 HD. 1999/8262 E., 1999/12073 K., 6.7.1999 T. sayılı kararı “Gerçekten “Türkiye’de ki tüm bankalarda çalışmamayı kabul ve taahhüt eder” biçimindeki düzenleme iki yıl süre ile sınırlı olarak getirilmiş ise de, Türkiye’deki tüm bankaları kapsamı bakımından mahal ve banka açısından bir sınır söz konusu olmadığı için davacı bankacının geleceği bakımından ağır sonuçları beraberinde getirecek bir düzenleme olarak kabul edilmelidir. Rekabet yasağının bu yönden geçersiz sayılarak sonuca gidilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddedilmesi hatalı ise de sonucu itibarıyla doğru olan kararın yukarıda belirtilen gerekçeyle ONANMASI gerekmektedir.”

³³⁵ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 191.

kullanması gerektiği ileri sürülmekteydi³³⁶. Böylece öğretideki eleştirilere de uygun bir şekilde, TBK'nın yürürlüğe girmesi ile beraber, hâkimin aşırı nitelikte sınırlamalara müdahale etme yetkisi maddi olarak düzenlenmiştir. Bu itibarla, söz konusu sınırlara aykırılık halinde, hâkim somut olayı inceleyerek ve varsa işverenin yüklendiği karşı edimi de gözeterek rekabet yasağının kapsamını ve süresini hakkaniyete uygun bir biçimde daraltabilecektir³³⁷. Başka bir deyişle söz konusu sınırlamalara aykırılık halinde rekabet yasağı doğrudan geçersiz hale gelmemektedir³³⁸. Hâkimin müdahalesiyle, rekabet yasağı sözleşmesinin ağır bir yaptırım uygulanarak geçersiz addedilmesi yerine, başta işçinin ekonomik menfaati gözetilerek, tarafların menfaatleri arasında bir denge sağlanması mümkün olmaktadır³³⁹. Yargıtay'ın son yıllarda verdiği kararlarda da, aşırı nitelikteki rekabet yasaklarını doğrudan geçersiz kabul eden ilk derece mahkemelerinin kararlarının hatalı olduğu ve hâkimin müdahale yetkisini kullanarak rekabet yasağı sınırlarını daraltması gerektiği belirtilmektedir³⁴⁰.

İşverenin karşı edim üstlenmesi hukukumuzda rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik şartlarından değildir. Ancak, TBK m. 445'in 2. fıkrasında belirtildiği gibi hâkim takdir yetkisi kullanarak rekabet yasağının kapsam ve süresini daraltırken işverenin yüklendiği karşı edimi de gözetecektir³⁴¹.

³³⁶ Soyer, s. 71; Doğan, s. 121.

³³⁷ Süzek, İş Hukuku, s. 355; Doğan, s. 120-121.

³³⁸ Süzek, İş Hukuku, s. 356.

³³⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı s. 553; Manav, Geçerlilik Koşulları, s. 354-355; SÜZEK, Sarper, Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan, İÜHF C. LXXII S. 2, İstanbul 2014, s. 462 (Anılış: Süzek, Rekabet Etmeme Borcu).

³⁴⁰ Bkz. Yargıtay 11. HD., 2015/12450 E., 2016/6672 K., 16.6.2016 T. sayılı kararı :*“Tüm bu yapılan açıklamalar çerçevesinde her ne kadar mahkemece, taraflar arasında imzalanan sözleşmelerde yer alan ‘Tüm Dünya’ ibaresinin yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğu kabul edilmiş ise de ...'nın 445/1 ve 2. maddesi hükmü nazara alındığında hakime, rekabet yasağı sözleşmesindeki aşırı hükümlere karşı sözleşmeyi ayakta tutacak önlemleri alma ve sözleşmeye müdahale etme imkanı tanınmış olup, somut uyuşmalıkta rekabet yasağı konusunda tarafların iradeleri birleştikten anılan sözleşmede kesin hükümsüzlük-butlan hali bulunmayıp hakimın müdahalesi ile giderilebilecek hükümsüzlük hali bulunduğundan ...'nın 445/2. maddesi hükmüne göre bir değerlendirme yapıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yanlıgılı değerlendirme ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir; bkz. Yargıtay 11. HD., 2015/1658 E., 2016/2244 K. , 1.3.2016 T. sayılı kararı: ‘‘Bu itibarla, yürürlük kanunu uyarınca somut olaya uygulanması gereken TBK'nın 445/2. maddesi uyarınca bir değerlendirme yapılmaksızın, rekabet yasağının yer bakımından çok geniş bir alanı kapsadığından hakkaniyete aykırı olduğu ve bu nedenle sözleşmenin geçersiz olduğundan bahisle davanın reddine karar verilmesi doğru bulunmamış, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir.’’.*

³⁴¹ Süzek, İş Hukuku, s. 356.

B. Koşulları

1. Rekabet yasağının aşırı olması

Hâkimin rekabet yasağı sözleşmesine müdahale edebilmesi için öncelikle TBK m. 445'in 1. fıkrasında belirtilen koşullara aykırılık olması gerekmektedir. Başka bir deyişle tarafların kararlaştırdığı rekabet yasağının, yer, konu ve süre bakımından işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek derecede aşırı bir nitelikte kararlaştırılmış olması gerekmektedir³⁴². Böylece, rekabet yasağı daraltılarak işverenin ticari menfaatini koruyacak ama işçinin de ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmeyecek bir seviyeye getirilmelidir. Örneğin, 4 yıl olarak öngörülen bir rekabet yasağı süresi yerine, 2 yıl veya daha az bir süreye hükmedilmesi; tüm Türkiye'yi kapsayan bir alanın, Marmara Bölgesi olacak şekilde daraltılması şeklinde hüküm kurulması mümkündür.

Rekabet yasağı sözleşmesinin TBK m. 444'te belirtilen şartlara aykırı olarak düzenlenmesi halinde ise hâkimin herhangi bir takdir yetkisi olmadığını ve rekabet yasağı sözleşmesinin doğrudan geçersiz olacağını da belirtmekte fayda vardır³⁴³. Yani, işçi rekabet yasağının kararlaştırıldığı sırada fiil ehliyetine sahip değilse, yazılı şekil şartına uyulmamışsa, işçinin işverenin üretim sırları, işleri ve müşteri çevresi hakkında bilgi edinme olanağı bulunmuyorsa veya böyle bir olanağı bulunmasına rağmen bu bilginin kullanılması işveren nezdinde önemli bir zarara yol açabilecek nitelikte değilse rekabet yasağı sözleşmesinin geçersiz olduğuna hükmedilmelidir³⁴⁴.

Rekabet yasağı sözleşmesine bağlı olarak işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şart hükmünün aşırı olarak belirlenmesi halinde TBK m. 445'in 2. fıkrası ile hâkime tanınan müdahale yetkisinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda, bu maddenin uygulanmasının mümkün olmadığı, ancak hâkimin aşırı ceza koşulu ile ilgili olarak

³⁴² Ertan, Rekabet Yasağı, s. 207; Doğan, s. 122.

³⁴³ Doğan, s. 122.

³⁴⁴ Süzek, İş Hukuku, s. 356.

TBK m. 182'nin 3. fıkrası doğrultusunda takdir yetkisini kullanabileceği belirtilmektedir³⁴⁵.

Rekabet yasağı sözleşmesinde, yer, konu ve süre bakımından hiçbir sınırlandırma bulunmaması durumunda hâkimin müdahale yetkisi olup olmadığı da tartışma konusu olan bir husustur³⁴⁶. Bu durumda, hâkimin müdahale yetkisini kullanarak bir sınırlandırma yapamayacağı ve rekabet yasağı sözleşmesinin doğrudan geçersiz kabul edilmesi gerektiği öğretide baskın bir şekilde savunulmaktadır³⁴⁷. TBK'nın lafzı itibarı ile hâkim ancak aşırı nitelikte olan sınırlamalar içeren rekabet yasağı kayıtlarına müdahale edebilir ve rekabet yasağı yer, süre veya konu bakımından hiçbir sınırlama içermiyorsa veya söz konusu sınırlamalardan bazıları eksikse hâkimin takdir yetkisi kullanarak bu sözleşmeyi ayakta tutması söz konusu olamaz³⁴⁸. TBK m. 445'in 1. fıkrasında belirtilen yer, zaman ve konu bakımından sınırlamalar tamamen veya kısmen de olsa bulunmamaktaysa hâkim kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulamalıdır³⁴⁹.

2. İşçinin talebi

Hâkimin müdahale yetkisini kullanabilmesi için işçinin bu yönde bir talebinin bulunmasının zorunlu bir koşul olup olmadığı tartışmalıdır. Öğretideki bir görüşe göre eğer hâkim dava dosyasından koşulların aşırı olduğunu anlayabiliyorsa, rekabet yasağına re'sen müdahale edebilecektir³⁵⁰. Diğer bir görüşe göre, hâkimin müdahale yetkisini kullanabilmesi için işçinin bu yönde bir talepte bulunması gerekmektedir³⁵¹. Zira HMK m. 26'da "*Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar*

³⁴⁵ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 207.

³⁴⁶ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 208'den naklen: "*İsviçre Federal Mahkemesi eski tarihli bir kararında, hiçbir süre sınırı öngörmeyen bir rekabet yasağı kaydını makul bir süre belirleyerek ayakta tutan bir yerel mahkeme kararını onamıştır. Somut olayda yerel mahkeme herhangi bir süre sınırı öngörmeyen rekabet yasağını üç yıla sınırlamıştır. İsviçre öğretisinde işçinin mesleğini icra etmesini olanaksız kılan akıl dışı rekabet yasağı kayıtlarının geçersiz olduğu ve bu gibi rekabet yasağı kayıtlarına yargısal sınırlama yoluyla dahi olsa geçerlilik tanınamayacağı öne sürülmüştür.*"

³⁴⁷ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 208; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 551; Doğan, s. 122.

³⁴⁸ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 208.

³⁴⁹ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 208.

³⁵⁰ Soyer, s. 71; Doğan, s. 123.

³⁵¹ Kunt, s. 246; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 209; Manav; Geçerlilik Koşulları, s. 355

verebilir.” şeklinde öngörülen taleple bağılılık ilkesi uyarınca hâkim işçi tarafından talep edilmedikçe veya savunma olarak ileri sürülmedikçe müdahale yetkisini kullanamayacaktır³⁵². Kanaatimizce de hâkimin kendiliğinden rekabet yasağı sözleşmesine müdahale etmesi HMK'ya aykırılık teşkil edecektir ve en azından işçinin bu yönde savunma veya itiraz olarak öne sürdüğü zımni bir talebin bulunması şarttır. Öte yandan, hâkimin müdahale yetkisini kullanırken işçinin talebiyle sınırlı olacağı belirtilmelidir. Misal, işçinin 3 yıllık bir rekabet yasağı süresinin, 1 yıla indirilmesini talep etmesi halinde, hâkimin 1 yıldan daha az bir süreye hükmetmesi mümkün değildir³⁵³.

İşçinin talebinin iki şekilde ileri sürülmesi mümkün olabilecektir. İlk ihtimal, rekabet yasağı sözleşmesinde yer alan aşırı rekabet yasağının işçinin ekonomik özgürlüğünü tehlikeye düşürdüğü gerekçesiyle bir tespit davası açmasıdır³⁵⁴. İşçinin söz konusu tespit davasını iş ilişkisi devam ederken açması mümkün değildir; zira rekabet yasağının geçerli olup olmadığına ilişkin koşullarla iş ilişkisi sona erdiğinde belli olacaktır³⁵⁵. İkinci ihtimal ise, işverenin rekabet yasağını ihlal eden işçi aleyhine açtığı eda davasında işçinin rekabet yasağının aşırılığını itiraz olarak ileri sürmesidir³⁵⁶. Bu durumda işçi cevap dilekçesinde açık bir şekilde bu itirazı ileri sürmese bile, rekabet yasağının aşırı olduğuna dair vakıalara dayanması halinde işçinin örtülü olarak bu itirazı ileri sürmüş ve bu yönde bir talepte bulunmuş olduğu ve dolayısıyla hâkimin müdahale yetkisini kullanabileceği belirtilmektedir³⁵⁷.

C. Hakimin Takdir Yetkisi ve Sınırları

Hâkime TBK m. 445'in 2. fıkrası ile tanınan müdahale yetkisinin, hakime geniş bir takdir yetkisi tanıdığını söylemek mümkündür³⁵⁸. Bu durum TMK m. 4'te “*Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz*

³⁵² Ertan, Rekabet Yasağı, s. 209.

³⁵³ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 209.

³⁵⁴ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 209; Doğan, s. 123; Soyer, s. 71; Manav, Geçerlilik Koşulları, s. 355.

³⁵⁵ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 209.

³⁵⁶ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 209; Doğan, s. 123; Soyer, s. 71; Manav, Geçerlilik Koşulları, s. 355.

³⁵⁷ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 209.

³⁵⁸ Tüzüner, s. 81; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 210; Doğan, s. 124.

önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.” hükmünün somut bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır³⁵⁹. Bu itibarla, TBK m. 445’in 2. fıkrasının hakime hangi “durumun gerekleri ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği” ve nasıl “bir “takdir yetkisi” tanıdığı önem arz etmektedir.

TBK m. 445’in 2. fıkrasının lafzına baktığımızda, eğer “aşırı nitelikte bir rekabet yasağı” bulunmaktaysa, hâkimin “bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek” ve “işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak” suretiyle rekabet yasağını “kapsamı veya süresi bakımından” sınırlayabileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla bütün durum ve koşulların “serbestçe” değerlendirilmesi, hâkimin etraflıca bir değerlendirme yaparak çok geniş bir takdir yetkisi kullanmasına izin vermektedir³⁶⁰.

Hâkimin, göz önünde bulundurması gereken en önemli husus rekabet yasağının işçinin çalışma özgürlüğünü ne ölçüde kısıtladığı ve ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürüp düşürmediğidir³⁶¹. Bu durumda hâkimin, işçi işverenin yanında çalışırken ne tür işler gördüğünü, öngörülen rekabet yasağının kapsamının ne derecede işverenin menfaatini korumaya hizmet ettiğini ve buna karşılık işçinin mesleğini icra etmesini engelleyip engellemediğine dikkat etmelidir³⁶². Bu bağlamda, kanun normunun işçinin ekonomik geleceğini koruma altına almak olduğu da düşünüldüğünde, hâkimin işçinin gelir düzeyi, ailevi durumu, bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sayısı gibi sübjektif olguları da dikkate almasının mümkün olduğu, önemli olanın rekabet yasağının işçinin ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin yaşamını idame ettirmesini olanaksız kılacak bir hukuki araca dönüşmemesi gerektiği savunulmaktadır³⁶³.

İşçinin mesleğini icra etmesini engelleyen rekabet yasağı kayıtlarının işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı bir biçimde tehlikeye düşürdüğü

³⁵⁹ OĞUZMAN, M. Kemal/ BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, 22 Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 92; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 210.

³⁶⁰ Tüzüner, s. 80; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 212.

³⁶¹ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 210.

³⁶² Doğan, s. 124.

³⁶³ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 212.

tartışmasızdır. Zira bu durumda işçinin tecrübe sahibi olmadığı ve bilmediği bir iş alanında oldukça düşük bir ücretle çalışması gerekecektir ve belki de iş bulması dahi söz konusu olamayacaktır³⁶⁴. Aynı durum, rekabet yasağının coğrafi kapsamının aşırı şekilde sınırlandırılmasında da geçerlidir. İşverenin ticari menfaatinin koruma amacını aşarak, işverenin faaliyet bölgesinin dışında kalan yerlerde işçiye rekabet yasağı getiren sınırlandırmalar, işçinin istismar edilerek mesleğini icra etmesini tamamen engelleyebileceği gibi, işçinin yaşadığı bölgeden göç etmesine de sebebiyet verebilecektir³⁶⁵. Özellikle Türkiye çapında öngörülen rekabet yasaklarına karşı hâkimin çok ihtiyatlı olması gerekir. Zira bu durumda, işçinin mesleğini icra etmesi için yabancı bir ülkeye taşınması gerekecektir ki bu gerek işçinin niteliği itibarı ile mümkün olmayabilir (örneğin işçinin yabancı dil bilmemesi) gerekse de yabancı ülkelerin farklı istihdam koşulları öngörmesi (çalışma izni, ruhsat denkliği, meslek kotaları vs.) söz konusudur³⁶⁶. Rekabet yasağının süresi konusunda, hakimin takdir yetkisi daha sınırlıdır. Zira TBK m. 445'in 1. fıkrasında rekabet yasağı süresinin özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamayacağı öngörülmüştür. İşverenin iki yılı aşan bir rekabet yasağı süresini haklı gösterecek özel durum ve koşulların varlığını kanıtlayamadığı durumda, hâkim rekabet yasağını iki yıla veya gerektiğinde iki yıldan daha kısa bir süreye indirecektir³⁶⁷.

Hâkim rekabet yasağının aşırı olup olmadığını değerlendirirken, yer, konu ve süre bakımından yapılan üç sınırlamayı da bir bütün olarak ele almalıdır³⁶⁸. Burada temel amacın, işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürülmemesi olduğu unutulmamalıdır. Örneğin aşırı olduğu düşünülebilecek bir rekabet yasağı süresi içerisinde, iş alanı ve coğrafi bölgesi oldukça sınırlı durumda olan bir rekabet yasağı, somut olayın şartlarına göre işçinin ekonomik hayatını tehlikeye atmayan ve hakkaniyetli bir sınırlama olabilecektir.

Hâkimin takdir yetkisi kullanırken, diğer taraftan değerlendirmesi gereken husus da işverenin rekabet yasağı ile korunan menfaatinin boyutu ve önemidir. Hâkimin

³⁶⁴ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 210.

³⁶⁵ Doğan, s. 124-125.

³⁶⁶ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 211.

³⁶⁷ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 211.

³⁶⁸ Baskan, s. 121. Doğan, s. 100.

görevi her iki tarafın da menfaatini korumak üzere bir denge kurmak olduğundan, tarafların menfaatleri arasında bir karşılaştırmaya gitmesi gerekebilecektir³⁶⁹. Hâkim bu karşılaştırmaların neticesinde rekabet yasağının işverenin haklı ticari menfaatlerini koruma amacını aştığına kanaat getirirse de, yasağın kapsamını işverenin haklı ticari menfaatlerinin korunması açısından yeterli olabilecek bir sınıra çekmelidir³⁷⁰.

Bununla beraber öğretide müşteri çevresini oluşturulması veya koruma altına alınması, ticari sır ve teknik bilgilerin oluşturulması ve koruma altına alınmasına kıyasen daha kolay olabileceğinden, müşteri çevresine ilişkin korumanın daha kısa bir rekabet yasağı süresi ile sağlanabileceği; buna karşın, ticari sırların korunması için daha uzun bir rekabet yasağı süresi kararlaştırılması gerekebileceği belirtilmektedir³⁷¹. Dolayısıyla hâkim takdir yetkisini kullanırken, işverenin korunan hukuki menfaatinin niteliğini de göz önünde bulundurulmalıdır. Öte yandan işçinin uzmanlığı, üst düzey yönetici olup olmadığı gibi faktörler işçinin vakıf olduğu sırrın niteliği ve ölçüsünü etkileyebilir ve bu nedenle rekabet yasağının süresi belirlenirken bu da dikkate alınmalıdır³⁷². Eğer işçi üst düzey bir pozisyonda çalışıyorsa, ticari sır veya müşteri çevresine erişimi daha kolay ve geniş çaplı olacağından, işverenin korunmaya değer menfaati konusunda haklılığı da bu nispette daha yüksek olacaktır³⁷³.

Son olarak, TBK m. 445'in 2. fıkrasında hâkimin *"işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak"* suretiyle takdir yetkisini kullanması gerektiği belirtilmiştir. İşverenin rekabet yasağı sözleşmesinde bir karşı edim üstlenmesi TBK'ya göre bir zorunluluk değildir. Ancak, TBK m. 445'in 2. fıkrasında belirtildiği gibi hâkim takdir yetkisi kullanarak rekabet yasağının kapsam ve süresini daraltırken işverenin yüklendiği karşı edimi de gözetecektir³⁷⁴. İşverenin, rekabet yasağı süresi boyunca bir karşı edim olarak işçiye belirli bir tutar ödemeyi taahhüt etmesi halinde, işçinin ekonomik geleceği ile ilgili

³⁶⁹ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 211.

³⁷⁰ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 211.

³⁷¹ Soyer, s. 65; Doğan, s. 103; Manav, Geçerlilik Koşulları, s. 346; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 148-149.

³⁷² Ertan, Rekabet Yasağı, s. 148-149; Doğan, s. 103 / s. 125; Baskan, s. 121.

³⁷³ Doğan, s. 125.

³⁷⁴ Süzek, İş Hukuku, s. 356; Ertan, Rekabet Yasağı, 214; Doğan, s. 125.

tehlike azalmaktadır. Böylece işçinin gelir kaybı bir nebze veya belki de tamamen tazmin edilmektedir. Gerçekten de eğer rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği ve kararlaştırılan sınırları işveren için çok büyük önem arz ediyorsa, işveren rekabet yasağı süresi boyunca işçinin maaşı kadar bir tutarı dahi düzenli olarak ödemeyi üstlenebilir ki böyle bir durumda rekabet yasağının aşırı olduğundan söz etmek çok güçtür ve hâkimin müdahale yetkisini kullanmasına gerek dahi olmayabilir³⁷⁵. Karşı edimin işçi açısından kısmi bir telafi sağlaması durumundaysa, hâkimin müdahale yetkisini kullanırken daha temkinli davranması ve işveren tarafından hiç karşı edim sağlanmayan emsallere kıyasen aşırı sınırlandırmalara daha az müdahale etmesi gerekir³⁷⁶. Öte yandan, hâkimin müdahale ve takdir yetkisi aşırı sınırlandırmaların daraltılması ile sınırlıdır ve hâkimin müdahale yoluyla işverene bir karşı edim yüklemesi veya mevcut bir karşı edimi genişletmesi söz konusu olamaz³⁷⁷.

D. Hâkimin Kararının Hukuki Niteliği

Rekabet yasağına ilişkin sınırlandırmaların aşırı olduğu iddiası işçi tarafından açılacak bir tespit davasında ileri sürülebileceği gibi, bu iddianın işverenin işçiye karşı açtığı bir eda davasında işçi tarafından savunma ve itiraz olarak ileri sürülmesi de mümkün olabilecektir³⁷⁸. Her iki durumda da işçinin talebi üzerine, hâkim rekabet yasağına ilişkin sınırlandırmaların aşırı olduğunu tespit ederek, bu sınırlandırmaların hakkaniyete uygun bir şekilde daraltılması yönünde bir karar tesis edecektir. Söz konusu karar sonucunda rekabet yasağı sözleşmesinin yer, zaman ve konu bakımından sınırları hâkim tarafından yeniden belirlenecektir³⁷⁹. Bu yönüyle hâkimin verdiği karar inşai nitelikte bir karardır³⁸⁰.

İşverenin açtığı bir eda davasında, işçinin aşırı rekabet yasağına ilişkin hâkimin müdahale ederek rekabet yasağı kapsamının daraltılmasını talep etmesi üzerine, hâkim öncelikle rekabet yasağının yer, süre ve konu bakımından aşırı olup olmadığını HMK

³⁷⁵ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 214.

³⁷⁶ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 214; Manav, Geçerlilik Koşulları, s. 356.

³⁷⁷ Soyer s. 73; Tüzüner, s. 80; Doğan, s. 126.

³⁷⁸ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 215; Eda ve tespit davaları hakkında bkz. Oğuzman/Barlas, s. 326-327.

³⁷⁹ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 215.

³⁸⁰ Oğuzman/Barlas, s. 329; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 216.

m. 163 ve 164 uyarınca ön sorun olarak incelemelidir. Ardından rekabet yasağının aşırı nitelikte olduğu kanaatindeyse de rekabet yasağının kapsamını makul bir seviyeye indirmelidir. Eda davasında işçinin rekabet yasağını ihlal edip etmediği yönündeki uyuşmazlığın çözülmesi açısından, hâkim daha sonra işçinin rekabet yasağının geçerli sayılan (yani hâkim tarafından yeniden tesis edilen) kısmını ihlal edip etmediğini araştırmalıdır. Sonuçta işçinin sınırları yeniden tesis edilmiş olan rekabet yasağına aykırı hareket ettiği anlaşılırsa davayı işverenin talep veya talepleri doğrultusunda karara bağlamalı, aksi takdirde işverenin işçiye karşı açtığı davayı reddetmelidir.³⁸¹

İnşai davalara ilişkin HMK m. 108'in 3. fıkrasında yer alan “*Kanunlarda aksi belirtilmedikçe, inşai hükümler, geçmişe etkili değildir.*” şeklindeki düzenleme uyarınca, kural olarak hâkim tarafından verilen inşai karar geçmişe etkili (*ex tunc*) olmayacaktır³⁸². TBK m. 445'in 2. fıkrasında hâkimin bu yönde vereceği kararın geçmişe etkili olup olmayacağı belirtilmemiştir. Öğretideki bizim de katıldığımız görüşe göre, TBK m. 445'in 2. fıkrasında açık bir düzenleme bulunmasa bile normun koruma amacından hareket edildiğinde hâkimin kararının geçmişe etkili olması gerektiği ve söz konusu kararın hukuki sonuçlarını rekabet yasağının yürürlüğe girdiği (yani iş sözleşmesinin sona erdiği) tarihten itibaren doğurması gerektiği ileri sürülmektedir³⁸³. Gerçekten de bunun aksini kabul eder ve hâkimin kararının ileriye etkili olduğunu varsayarsak, işçinin rekabet yasağını ihlal edip etmediğinin denetimi sonradan geçersiz sayılan rekabet yasağı sözleşmesi koşullarına göre yapılmış olacaktır ve hâkime tanınan sözleşmeye müdahale yetkisinin hiçbir anlamı ve uygulama alanı kalmayacaktır.

³⁸¹ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 216.

³⁸² Oğuzman/Barlas, s. 330.

³⁸³ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 217.

BÖLÜM 3: REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN İHLALİ VE SONA ERMESİ

I. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN İHLALİ HALİNDE YAPTIRIMLAR

A. Rekabet Etmeme Borcunun İşçi Tarafından İhlali

1. Genel Olarak

İşçinin rekabet yasağı sözleşmesine aykırı bir şekilde eski işvereni ile rekabet edecek faaliyetlerde bulunması halinde rekabet yasağı sözleşmesinden doğan rekabet etmeme borcunu ihlal etmiş olacaktır. İşçinin borunca aykırı davranışlarının sonuçları TBK m. 446’da aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“Rekabet yasağına aykırı davranan işçi, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür.

Yasağa aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır.

İşveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağa aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilir.”

Nitekim TBK’da işçinin rekabet yasağı sözleşmesine aykırı davranışı neticesinde, işverenin üç tür talep hakkı olacağı öngörülmektedir. Bu talepler, işverenin zararının tazmin edilmesi, rekabet yasağı sözleşmesinde ceza koşulu öngörüldüyse ceza tutarının ödenmesi ve son olarak da rekabete aykırı davranışa son verilmesi talepleridir. Öğretide, TBK m. 446’nın, yapmama borçlarında aykırılığın sonuçlarını düzenleyen TBK m. 113’e göre özel hüküm (*lex specialis*) olduğu ve bu

nedenle de işçinin rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan rekabet etmeme borcuna aykırı davranması halinde TBK m. 113'ün değil bazı özel koşullar öngören TBK m. 446'nın uygulanması gerektiği belirtilmektedir³⁸⁴. İşçinin rekabet yasağı sözleşmesine aykırı davranışının sonuçları da bu bağlamda değerlendirilmelidir.

Rekabet yasağı sözleşmesinde işverenin karşı edimde bulunması kural olarak zorunlu olmadığından, TBK'da rekabet yasağı sözleşmesinin yalnızca işçi tarafından ihlal edilmesinin sonuçları düzenlenmiştir. Bununla birlikte, rekabet yasağı sözleşmesinde işverenin bir karşı edim yüklenmesi ve rekabet yasağı sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen (*sinelagmatik*) bir sözleşme haline gelmesi de mümkündür. Bu durumda işverenin üstlendiği karşı edim borcuna aykırılığı da TBK genel hükümlere tabi olacak şekilde ayrıca değerlendirilecektir.

2. İşverenin Zararının Tazmin Edilmesi

TBK m. 446'nın 1. fıkrası uyarınca “*Rekabet yasağına aykırı davranan işçi, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür*”. Bu hüküm doğrultusunda, işçinin rekabet yasağı sözleşmesine aykırı bir davranışta bulunması halinde tazminat sorumluluğu bulunmaktadır³⁸⁵. Söz konusu madde hükmü TBK m. 112'nin özel bir görünümünü teşkil etmektedir. Bu sorumluluk, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklandığı için özü itibarı ile kusur sorumluluğudur ve TBK m. 112'de benimsenen esaslar doğrultusunda ele alınmalıdır.³⁸⁶

TBK m. 112'de belirtildiği üzere “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*”. Dolayısıyla rekabet yasağı sözleşmesi bağlamında düşündüğümüzde, işçinin borcuna aykırı davranmış olmasından bahsedebilmek için öncelikle işçinin rekabet etmeme borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemiş olması gerekmektedir³⁸⁷. İkinci olarak, işverenin bu aykırılık nedeniyle bir

³⁸⁴ Kunt, s. 247; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 283-286.

³⁸⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 551.

³⁸⁶ Kunt, s. 247; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 288.

³⁸⁷ Eren, Borçlar Genel, s. 1078.

zararı bulunmalıdır³⁸⁸. Üçüncü olaraksa, söz konusu aykırılık ve zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması gerekmektedir³⁸⁹. İşveren bu üç unsurun eş zamanlı olarak gerçekleştiğini ispatla yükümlüdür.³⁹⁰

Öte yandan, işverenin işçinin kusurlu olduğunu ispat etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. İşçinin rekabet etmeme borcuna aykırı bir davranışı bulunması halinde, kusurlu olduğu bir karine olarak kabul edilir³⁹¹. Ancak işçi, TBK m. 112 uyarınca kusuru bulunmadığını ispat ederek ve karineyi çürüterek sorumluluktan kurtulabilecektir³⁹².

İşverenin tazminini isteyebileceği zarar esasen müspet zarardır³⁹³. Yani işçinin rekabet yasağı borcunu ihlal etmesi sonucunda, işverenin uğradığı fiili zararı veya yoksun kaldığı kazanç bu tazminatın konusunu oluşturacaktır³⁹⁴. İşverenin işletmesine ilişkin ticari sırların ifşa edilmesi nedeniyle işletmenin değerinde meydana gelen azalma bir fiili zarar örneğidir³⁹⁵. Öte yandan, işçinin rekabet yasağına aykırı davranışı sonucu, işverenin siparişleri iptal olmuşsa veya ticari anlaşmaları fesih olmuşsa bu durumda yoksun kalınan kazançtan bahsedilecektir³⁹⁶. Ancak öğretide somut olayın şartlarına göre işverenin menfi zararını isteyebileceği de belirtilmektedir³⁹⁷.

Diğer tazminat kalemlerine değinmek gerekirse, işçinin yeni işvereni TTK m. 54 vd. hükümleri uyarınca haksız rekabet oluşturan bir davranışta bulunmuşsa, yeni işverenin de eski işverenin zararlarından dolayı işçi ile beraber müteselsil sorumluluğu

³⁸⁸ Eren, Borçlar Genel, s. 1078.

³⁸⁹ Eren, Borçlar Genel, s. 1086.

³⁹⁰ Kunt, s. 247; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 288 - 289; Doğan, s. 146.

³⁹¹ Eren, Borçlar Genel, s. 1086.

³⁹² Soyer, s. 77; Süzek, İş Hukuku, s. 357; Süzek, Rekabet Etmeme Borcu, s. 462; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 553-554; Taşkent/Kabakçı, s. 38; Eren, Borçlar Genel, s. 1086.

³⁹³ Eren, Borçlar Genel, s. 1082; Kunt, s. 247; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 290.

³⁹⁴ Süzek, İş Hukuku, s. 357; Doğan, s. 146; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 290; Eren, Borçlar Genel, s. 1082.

³⁹⁵ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 290; Doğan, s. 147.

³⁹⁶ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 290; Doğan, s. 147.

³⁹⁷ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 290, işveren piyasaya bir ürün sürmeyi planlarken, işçinin rekabet yasağına aykırı olarak rakip firmada işe başlaması ve söz konusu ürünün piyasaya arz edilememesine yol açması halinde, işverenin daha önce yapmış olduğu tanıtım ve pazarlama giderleri nedeniyle zarara uğraması, işverenin menfi zarar talebine örnek olarak gösterilmiştir.

doğabilecektir³⁹⁸. Manevi tazminat talebi açısından, bunun için yasal bir engel olmadığı ancak pratikte bunun mümkün olmayacağı belirtilmektedir³⁹⁹. Henüz gerçekleşmemiş ancak doğması muhtemel zararların talep edilmesi de mümkün görülmemektedir⁴⁰⁰.

Öğretide TBK m.114'ün 2. fıkrasındaki “*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.*” düzenlemesi uyarınca, TBK m. 51 ve 52'nin de rekabet yasağı sözleşmelerine aykırılık halinde uygulama alanı bulabileceği ve işçinin kusur derecesinin hafif olması veya işverenin de zararın doğmasında kusuru bulunması gibi durumlarda hâkimin işçi aleyhine hükmedilecek tazminatta takdiren indirim uygulayabileceği belirtilmektedir⁴⁰¹.

Ayrıca belirtmek gerekir ki işçinin işverenin zararını tazmin ederek, rekabet yasağı sözleşmesi uyarınca rekabet etmeme borcundan kurtulması söz konusu değildir; rekabet yasağına aykırılık halinde işçi hem zararı tazmin borcu altındadır hem de sözleşmeye uymaya devam etmekle yükümlüdür⁴⁰².

3. Ceza Koşulu Ödenmesi

a. Rekabet yasağı sözleşmesinde ceza koşulunun işlevleri

İşçinin rekabet yasağına aykırı davranması halinde, işverenin hem aykırılık oluşturan fiili durumu, hem kendisi nezdinde oluşan zararı hem de söz konusu aykırılık ve zarar arasındaki uygun illiyet bağıını ispat etmesi gerektiğinden bahsetmiştik. İşveren bu üç unsurun gerçekleştiğinin ispatlayamaz ise tazminata hak kazanamayacaktır. Bu nedenle rekabet yasağı sözleşmesine aykırılığın ceza koşuluna bağlanması mümkündür ve hatta bu unsurların ispatı çoğu zaman güç bir husus olduğundan, cezai şart kararlaştırılması işveren açısından uygulamada tercih

³⁹⁸ Soyer s. 80; Süzek, İş Hukuku, s. 357, Doğan, s. 147.

³⁹⁹ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 292.

⁴⁰⁰ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 292.

⁴⁰¹ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 289.

⁴⁰² Soyer, s. 80; Taşkent/Kabakçı, s. 38; Doğan, s. 147.

sebebidir⁴⁰³. Ceza koşulu kararlaştırıldığında, işveren zarara uğramamışsa bile, TBK m. 180 uyarınca zarardan bağımsız olarak ceza tutarının ödenmesini talep edebilir⁴⁰⁴. Bu durumda işveren yalnızca rekabet yasağının ihlal edildiğini ispat ederek ceza koşulu tutarına hak kazanabilecektir.⁴⁰⁵

Rekabet yasağı sözleşmesinin ceza koşuluna bağlanmasının iki önemli işlevi bulunmaktadır. Birincisi, sözleşmede ceza koşulu bulunması, işçiyi rekabet yasağına aykırı eylemlerden caydırıcı ve sözleşmesel yükümlülüğünü ifa etmeye teşvik edici niteliktedir⁴⁰⁶. İkincisi, işverenin zararının kolaylıkla tazmin edilebilmesine imkân sağlamaktadır⁴⁰⁷. Ayrıca belirtmek gerekir ki işveren nezdinde doğabilecek olan zararın miktarının önceden ceza koşulu ile belirlenmiş olması, doğabilecek uyuşmazlıklar açısından da belirlilik sağlamaktadır⁴⁰⁸. İşverenin ceza koşuluna ilişkin miktarı önceden tespit etmesinin işveren açısından herhangi bir hak kaybına da yol açmamaktadır. Zira işverenin ceza koşulu tutarını aşan aşkın zararlarını talep etmesi de mümkündür⁴⁰⁹.

b. Borçlar hukukunda ceza koşulu

Ceza koşulu borçlar hukuku öğretisinde; borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi vaat ettiği, hukuki işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edim olarak tanımlanmaktadır⁴¹⁰. Ceza koşuluna ilişkin hükümler TBK m. 179 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

⁴⁰³ **Soyer**, s. 80; **KARAGÖZ, Veli**, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 244 (Anılış: **Karagöz**, İş Sözleşmesinde Cezai Şart); **Süzek**, İş Hukuku, s. 357; **Taşkent/Kabakçı**, s. 39; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 293; **Çakır/ Solak**, s. 67; **Doğan**, s. 147.

⁴⁰⁴ **Soyer**, s. 80; **Süzek**, İş Hukuku, s. 357; **Taşkent/Kabakçı**, s. 39; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 293; **Çakır/ Solak**, s. 68; **Doğan**, s. 147.

⁴⁰⁵ **Süzek**, İş Hukuku, s. 357.

⁴⁰⁶ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1209; **Soyer**, s. 80; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 293; **Çakır/ Solak**, s. 68; **Doğan**, s. 148.

⁴⁰⁷ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1209; **Soyer**, s. 80; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 293; **Doğan**, s. 148.

⁴⁰⁸ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 293-294.

⁴⁰⁹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1215; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 293-294.

⁴¹⁰ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1209, **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 294; **Doğan**, s. 148.

Ceza koşulu esas alacağa bağı fer'i nitelikli bir edim borcudur⁴¹¹. Dolayısıyla asıl borç geçersizse veya sonradan ifa, ibra veya takas yoluyla sona ererse asıl borca bağı fer'i bir borç olan ceza koşulu da TBK m. 131 uyarınca sona erecektir⁴¹². Ceza koşulunun geçerliliği de asıl borcun tabi olduğu geçerlilik şartlarına tabidir⁴¹³.

Öğretide ceza koşulunun türleri açısından sınıflandırma yapılarak, seçimlik ceza koşulu, ifaya eklenen ceza koşulu ve ifayı engelleyen (veya dönme cezası) ceza koşulu olmak üzere ceza koşulu türlerinin üçe ayrıldığı belirtilmektedir⁴¹⁴.

TBK. m. 179'un 1. fıkrasında yer alan *“Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir.”* şeklindeki düzenleme seçimlik ceza koşuluna ilişkindir. Seçimlik ceza koşulunda alacaklı asıl edimin ifasını talep etmek veya ceza koşulunun ödenmesini istemek arasında seçimlik hakkını kullanmalıdır⁴¹⁵. Bu durumda ceza koşulunun, asıl edimin ifası ile birlikte istenmesi mümkün değildir⁴¹⁶.

TBK. m. 179'un 2. fıkrasında yer alan *“Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir”* şeklindeki düzenleme ifaya eklenen ceza koşuluna ilişkindir. Bu durumda alacaklı hem asıl edimin ifasını hem de ceza koşulunu talep edebilir⁴¹⁷.

TBK. m. 179'un 3. fıkrasında yer alan *“Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır.”* şeklindeki düzenleme ifayı engelleyen ceza koşuluna ilişkindir.

⁴¹¹ Eren, Borçlar Genel, s. 1210; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 294; Doğan, s. 148.

⁴¹² Eren, Borçlar Genel, s. 1210; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 294; Doğan, s. 148.

⁴¹³ Eren, Borçlar Genel, s. 1211; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 294; Doğan, s. 148.

⁴¹⁴ Eren, Borçlar Genel, s. 1212; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 294-295; Doğan, s. 148-149.

⁴¹⁵ Eren, Borçlar Genel, s. 1212; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 294-295; Doğan, s. 148-149.

⁴¹⁶ Eren, Borçlar Genel, s. 1213; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 294-295; Doğan, s. 148-149.

⁴¹⁷ Eren, Borçlar Genel, s. 1213; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 294-295; Doğan, s. 148-149.

İfayı engelleyen ceza koşuluna dönme cezası da denilmektedir⁴¹⁸. Bu durumda, borçlu kararlaştırılan ceza koşulu tutarını ödeyerek, sözleşmeden dönebilir.

TBK m. 180'in 1. fıkrasına göre “*Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir*”. Dolayısıyla ceza koşulu kararlaştırıldığı ve borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmediği durumda, alacaklının ceza koşulunu talep edebilmesi için zarara uğramış olmasına gerek yoktur. Başka bir deyişle, ceza koşulu alacaklının zararından bağımsızdır ve TBK uyarınca borçlandığı edimi hiç ifa etmeyen veya kötü ifa eden borçlu, alacaklı zarar görmese veya kendisi kusursuz olsa dahi ceza koşulunu ödemekten kaçınamaz⁴¹⁹. Ancak TBK m. 180'in 2. fıkrasına göre “*Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşılıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez*”. Bu itibarla, alacaklının ceza koşulunu aşan aşkın zararını talep edilebilmesi için, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmesi gereklidir⁴²⁰.

TBK m. 182'nin 1. fıkrasına göre tarafların cezanın miktarını serbestçe belirleyebilecekleri belirtilmişse de TBK m. 182'nin 3. fıkrasına göre “*Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir*” denilerek bu hususa ilişkin olarak hakime bir takdir ve müdahale yetkisi tanınmıştır. Hâkimin takdir yetkisini kullanırken borçlunun kusuru varsa ağırlık derecesi veya tarafların ortak kusuru, tarafların ekonomik durumu, alacaklının zararının sigorta ile teminat altına alınıp alınmadığı gibi somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurması gereklidir⁴²¹. Ayrıca TTK m. 22 uyarınca tacir olan borçlunun ceza koşulunun indirilmesini isteyemeyeceği düzenlenmiştir⁴²². Fakat, ceza koşulunun yüksekliği tacir sıfatını haiz borçlunun

⁴¹⁸ **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 797; Öğretide ifayı engelleyen ceza koşulunun aslında gerçek anlamda bir ceza koşulu olmadığı, zira burada asıl alacak ve borcun teminat altına alınması suretiyle ifasının sağlanması ve böylece alacaklının hukuki durumunun sağlamlaştırılmasının değil, tam aksine ceza koşulunu ödeyerek sözleşmeden dönerek borçlunun hukuki durumunun kolaylaştırılmasının söz konusu olduğu ileri sürülmektedir bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 1214.

⁴¹⁹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1214-1215.

⁴²⁰ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1215; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 295; **Doğan**, s. 149.

⁴²¹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1217.

⁴²² 6102 s. TTK m. 22: “*Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182 nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525 inci maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez.*”

ekonomik mahvına yol açacak düzeydeyse, hâkimin ceza koşulunu indirmesi gerektiği savunulmaktadır⁴²³.

c. İş hukukunda ceza koşulu

İş Kanunu'nda ceza koşuluna ilişkin herhangi bir maddi düzenleme bulunmamaktadır. Bu itibarla iş sözleşmelerinde yer alan ceza koşulları TBK hükümlerine tabidir⁴²⁴. TBK m. 420' de düzenlendiği üzere “*Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir.*”. Bu hüküm TBK ile beraber yürürlüğe girmeden önce de iş sözleşmesinin eşitler arası bir sözleşme olmaması ve işçinin müzakere olanağından yoksun olduğu gerçeğini göz önünde bulunduran Yargıtay'ın yerleşik içtihadı uyarınca iş sözleşmesiyle işçi aleyhine tek taraflı ceza koşulu kararlaştırılamamaktaydı⁴²⁵.

İş hukuku öğretisinde, işçi aleyhine ceza koşulu öngörüldüğü durumlarda, işverenin de herhangi bir karşı edim üstlenip üstlenmediğine bakılması gerektiği, eğer işçiye uygun bir karşı edim sağlanıyorsa ceza koşulunun geçerli kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁴²⁶. Bu görüşten hareketle işçinin işten ayrılması halinde işverenin işçi için yapmış olduğu eğitim giderlerinin geri ödenmesine ilişkin kararlaştırılan ceza koşullarının geçerli olduğu hem öğretide hem de Yargıtay içtihatlarında kabul görmektedir⁴²⁷.

⁴²³ Eren, Borçlar Genel, s. 1217-1218.

⁴²⁴ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 294; Doğan, s. 150.

⁴²⁵ ÖZDEMİR, Erdem, İş Hukukunda Cezai Şart, AÜEHFD, C. IX, S. 3-4, 2005, s. 409; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 294; Doğan, s. 150; Yargıtay 9. HD., 1995/35258 E, 1996/9448 K., 24.4.1996 T. sayılı kararı: “...Taraflar arasındaki hizmet sözleşmesinin 2. maddesinin (B) bendinde “deneme süresi bir ay olup bu süre içerisinde taraflar hizmet akdini ihbarsız ve tazminatsız olarak feshedebilirler” hükmü konulmuştur. Sözleşmeye ekli tutanaktan, hizmet akdinin 12.02.1995 tarihinde imzalandığı anlaşılmaktadır. Akit ise 21.02.1995 günü bir aylık deneme süresi geçmeden sona erdirilmiştir. Bu nedenle davacının isteği yerinde değildir. Öte yandan, davaya dayanak yapılan hizmet sözleşmesinin 2-k maddesinde düzenlenen cezai şart tek taraflı ve işçi aleyhinedir. Bu nedenle dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre bu tür cezai şart kuralı geçersizdir. O halde karar bozulmalıdır...” ; bkz. Aynı yönde Yargıtay 9. HD., 29.5.1996, 263/12081, Yargıtay 9. HD., 29.12.1997, 18230/22730 sayılı kararları.

⁴²⁶ Özdemir, s. 411.

⁴²⁷ Özdemir, s. 412; Doğan, s. 151-152; Aynı yönde Yargıtay 22. HD., 2013/32529 E., 2015/4817 K., 16.2.2015 T. sayılı kararı; Yargıtay 9. HD. 2012/33025 E., 2014/26136 K., 10.9.2014 T. sayılı kararı.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Yargıtay içtihatlarına göre ceza koşulunun iki taraflı olduğu durumda işverene yüklenen ceza koşulu işçinin göre nispeten daha az ise, ceza koşulu kendiliğinden geçersiz olmadığına fakat işçinin sorumluluğunun da işveren ile eşit seviyeye indirilmesine karar verilmektedir⁴²⁸.

d. Rekabet yasağı sözleşmesinde ceza koşulu

Taraflar aksini kararlaştırmadıkça TBK m. 179 uyarınca ceza koşulu kural olarak seçimlik ceza koşuludur. Ancak rekabet yasağı sözleşmelerinde kararlaştırılan ceza koşulu ile ilgili TBK m. 446 özel hüküm (*lex specialis*) olduğundan TBK m. 446'nın 2. fıkrası uygulama alanı bulacaktır⁴²⁹.

TBK m. 446'nın 2. fıkrasındaki düzenlemeye göre “*Yasağa aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır.*”. Dolayısıyla TBK m. 446'nın 2. fıkrası uyarınca, rekabet yasağına aykırılık bir ceza koşuluna bağlanmışsa, kural olarak ceza tutarını ödeyen işçinin rekabet etmeme borcu da sona erer⁴³⁰. Bu düzenleme işçi lehinedir⁴³¹. Ancak ilgili fıkranın lafzından açıkça anlaşılmaktadır ki taraflar sözleşmeyle ceza koşulu tutarının ödenmesi halinde işçinin rekabet etmeme borcunun sona ermeyeceğini kararlaştırabileceklerdir⁴³². Ayrıca dikkat edilmesi gereken bir husus da TBK m. 446'nın 2. fıkrasında “...ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır.” denilmek suretiyle, her ne kadar kural olarak ceza tutarının ödenmesiyle

⁴²⁸ Bkz. Yargıtay 22. HD., 2013/32529 E., 2015/4817 K., 16.2.2015 T. sayılı kararı: “*Cezai şartın işçi ve işveren hakkında ve iki taraflı olarak düzenlenmesi gereği, işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın işveren aleyhine kararlaştırılardan daha fazla olmaması sonucunu da ortaya koymaktadır. Başka bir anlatımla işçi aleyhine olarak belirlenen cezai şartın, koşulları ve ceza miktarı bakımından işverenin sorumluluğunu aşması düşünülemez. İki taraflı cezai şartta işçi aleyhine bir eşitsizlik durumunda, cezai şart hükmü tümünden geçersiz olmamakla birlikte, işçinin yükümlülüğü işverenin sorumlu olduğu miktarı ve halleri aşamaz.*”; Yargıtay 9. HD. 1996/22867 E., 1997/6102 K., 26.3.1997 T. sayılı kararı: “*Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre sadece işçi aleyhine öngörölmüş cezai şart geçersizdir. Somut olayda olduğu gibi işçinin aleyhine olarak daha fazla miktarda cezai şart öngörölmüş olması halinde daha düşük olan işveren aleyhindeki ceza şartın göz önünde tutularak hüküm kurulması gerekir...*”

⁴²⁹ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 298, Doğan, s. 153.

⁴³⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 554.

⁴³¹ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 298.

⁴³² Soyer, s. 80; Süzek, İş Hukuku, s. 358; Taşkent/kabakçı, s. 39; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 298.

işçinin rekabet etmeme borcu sona erse de, işçinin ceza tutarını aşan zararı tazmin etmekle yükümlülüğü devam edecektir⁴³³. Bu durumda TBK m. 180'in 2. fıkrası uyarınca işverenin cezai şart tutarını aşan zararı talep edebilmesi için işçinin kusurlu olduğunu ispat etmesi gerekmektedir⁴³⁴.

Diğer bir önemli husus da işçinin ceza koşulunu ödemesi halinde rekabet etmeme borcunu aynen ifa mecburiyetinden kurtulup kurtulamayacağıdır. Bu bağlamda, TBK m. 446'nın 3. fıkrasında yer alan “*İşveren, ceza koşulu ve doğabilecek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağa aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilir.*” şeklindeki düzenleme üzerinde durulmalıdır. Bu fıkranın lafzından anlaşıldığı üzere işçi ceza koşulunu ödediğinde işverenin aynen ifayı talep edebileceğinin açıkça kararlaştırılmaması halinde, ceza koşulunun işçi tarafından ödenmesiyle işverenin aynen ifayı talep hakkı sona erecektir⁴³⁵.

Sonuç olarak, TBK m. 446'nın 2. fıkrasında, rekabet yasağı sözleşmesindeki ceza koşulunun kural olarak ifayı engelleyen (veya ifa yerine geçen) ceza koşulu olduğu ancak tarafların bunun aksini kararlaştırarak bunun seçimlik ceza koşulu olmasına karar verilebileceğini belirtilmektedir. Aynı hükmün 3. fıkrasında ise rekabet yasağı sözleşmesindeki ceza koşulunun, sözleşmede yazılı olarak ve açıkça kararlaştırılmış olması halinde ifaya eklenen ceza koşulu olmasına karar verilebileceği belirtilmektedir.

e. Rekabet yasağı sözleşmesinde ceza koşulunun indirilmesi

TBK m. 182'nin 1. fıkrasına göre tarafların cezanın miktarını serbestçe belirleyebilecekleri belirtilmişse de TBK m. 182'nin 3. fıkrasına göre “*Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir*” denilerek bu hususa ilişkin olarak hâkime bir takdir ve müdahale yetkisi tanınmıştır. Söz konusu hüküm rekabet yasağı

⁴³³ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 554. Çakır/ Solak, s. 67-68.

⁴³⁴ Süzek, İş Hukuku, s. 358.

⁴³⁵ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 299; Çakır/ Solak, s. 67.

sözleşmelerinde yer alan ceza koşulu açısından da uygulama alanı bulur ve hâkim rekabet yasağı sözleşmelerinde yer alan aşırı derecedeki yüksek ceza tutarını indirebilir⁴³⁶. Hatta borçlunun bu yönde bir talebi olmasa dahi hâkim kendiliğinden bir indirim takdir edebilir⁴³⁷.

Öğretide ceza koşulunun hakim tarafından indirilmesinin ancak rekabete aykırı davranışın gerçekleşmesi ve işverenin ceza koşulunu talep hakkının doğmasından sonra mümkün olabileceği belirtilmektedir⁴³⁸. Zira hâkimin ceza koşulunu indirebilmesi için ceza koşulunun muaccel olması gerekmektedir⁴³⁹. İşçi rekabet etmeme borcuna aykırı davrandığı anda ceza koşulu muaccel olur⁴⁴⁰.

Ayrıca TTK m. 22 uyarınca tacir olan borçlunun ceza koşulunun indirilmesini isteyemeyeceği düzenlenmiştir. Bu itibarla işçinin rakip bir işletme açarak tacir sıfatını elde etmesi halinde, indirim talep edemeyeceği tartışma konusu olmuştur. Yargıtay'ın bu konudaki yerleşik içtihadı bu durumda TTK m. 22'nin uygulanmayacağı ve hâkimin rekabet yasağı sözleşmesinde yer alan ceza koşulunu indirebileceği yönündedir⁴⁴¹. Yargıtay HGK'nın 2005 yılında verdiği kararında da görüşü aynı yöndedir⁴⁴². Yargıtay önüne gelen somut olayda, işçinin rekabet yasağı sözleşmesini

⁴³⁶ **Süzek**, İş Hukuku, s. 358; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 554; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 301-302; **Çakır/ Solak**, s. 68; Yargıtay 9. HD. 2007/17815 E, 2008/11014 K, 02.05 .2008 T. sayılı kararı “...*Rekabet yasağının ihlaline bağlı taraflarca kararlaştırılmış olan belli bir ödemeyi öngören yaptırım, niteliği itibarıyla bir cezai şart hükmüdür. Böyle olunca Borçlar Kanunun 161/son maddesi hükmü gereğince fahiş olan cezai şartın hâkim tarafından indirilmesi gerekir...*”, Aynı yönde bkz. Yargıtay 9. HD., 2009/26954 E., 2009/36971 K., 24.12.2009 T. sayılı kararı.

⁴³⁷ **Karagöz**, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s. 54.

⁴³⁸ **Soyer**, s. 82; **Taşkent/Kabakçı**, s. 39.

⁴³⁹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1216.

⁴⁴⁰ **Soyer**, s. 81; **Karagöz**, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s. 245; **Çakır/ Solak**, s. 68.

⁴⁴¹ Yargıtay 9. HD., 17.11.2003, 6942/14928 sayılı kararı: “...*Hüküm altına alınan ceza şarttan çalışılan ve çalışılmayan hizmet akdi süresi nazara alınarak Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesi gereği bir indirim yapılmadan hüküm kurulması doğru değildir. Taraflar arasında hizmet sözleşmesi bulunmaktadır. Bu nedenle Türk Ticaret Kanunun 24. maddesinin uygulama yeri yoktur. Dairemizin olayın niteliğine ilişkin kökleşmiş içtihatları da bu yöndedir. Mahkemenin yukarıda sözü edilen hukuki olgular dikkate alınmadan yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...*”

⁴⁴² Yargıtay HGK., 2004/9-759 E.; 2005/9 K., 2.2.2005 T. sayılı kararı: “...*Özel Daire sözcüleri; İş Hukukunun kendine özgü yapısı uyarınca, tacir sıfatını taşıyan işveren ile işçi arasında İş Kanunu hükümleri çerçevesinde düzenlenen bir hizmet sözleşmesinin, işveren bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 3. maddesi anlamında ticari iş niteliğinde olmadığını; İş Kanunu hükümlerine tabi, kendine özgü bir hizmet sözleşmesi olarak kabulü gerektiğini, işçi-işveren ilişkilerinin kamu düzeni ile ilgili olmasının da bu kabulü zorunlu kıldığını, keza, İş Hukukunun temel ilkelerinden biri olan “tarafların dengeli tutulması” ilkesinin de bunu gerektirdiğini, Özel Dairenin aynı yöndeki uygulamasının daha önce benzer davalarda Hukuk Genel Kurulu'na da benimsenmiş olduğunu dile*

ve ilgili ceza koşulunu kabul ettiği sırada tacir sıfatına sahip olmadığı gerekçesiyle ceza koşulunun indirilebileceğini belirtmiş ve bu yaklaşım öğretide de isabetli bulunmuştur⁴⁴³.

Hâkimin aşırı olan ceza tutarını ne şekilde indirmesi gerektiği konusuna gelecek olursak, öğretide söz konusu yetkinin kullanılmasında keyfi davranılmaması ve dava konusu somut hukuki uyuşmazlığının özelliklerini göz önünde bulunduran ve tarafların kişisel konumlarını da dışlamayan nesnel ölçütlerden yola çıkılması gerektiği belirtilmektedir⁴⁴⁴. Özellikle hâkimin öngörülen ceza koşulu miktarının işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı bir biçimde tehlikeye düşürüp düşürmediği üzerinde dikkatle durması gerekir⁴⁴⁵. Öte yandan, işçinin rekabet yasağına aykırı davranışı sonucunda elde etmiş olduğu kazanç, işverenin zararının miktarı, borca aykırılığın ağırlığı, borçlunun kusurunun ağırlığı ve tarafların ekonomik durumu gibi etkenler de hâkime yardımcı olabilecektir⁴⁴⁶. Örneğin, işçinin işverene çok yakın bir yerde rakip işletme açması veya müşteri çevresini kaybetmesi için aktif

getirmişlerdir Gerçekten, Hukuk Genel Kurulu'nun 15.10.1997 gün ve 1997/9-486-822 sayılı kararında, aynı ilkelere vurgu yapılmak suretiyle, tacir statüsünde olmasının, iş akdindeki ceza şart bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesindeki işveren hakkında uygulanmasını gerektirmeyeceği; eş söyleyişle, ceza şart borçlusu işveren tacir de olsa, Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesindeki emredici hüküm uyarınca, fahiş görüldüğü takdirde ceza şarttan re'sen indirim yapılmasının zorunlu bulunduğu kabul edilmiştir. Görüşme sırasında çoğunluk bu görüşü benimsemiş, eldeki davada Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesinin uygulama yerinin bulunduğu kabul edilmiştir...". Karşı oy yazısından bir kesit: "...Tartışmalar sırasında ileri sürülen çoğunluk görüşüne göre, İş Kanunu hükümlerine tabi bir hizmet sözleşmesinde TTK.nun 24 ncü maddesinin uygulanamayacağı kabul edilmiş ve İş Kanunu hükümlerinin T. Ticaret Kanunu hükümlerine nazaran daha özel bir düzenleme olduğu savunulmuştur. Bu görüşün hukuksal hiçbir dayanağı bulunmamaktadır. Zira, TTK.nun 24 ncü maddesi hiçbir sözleşme şekli ve niteliğinden söz etmeksizin, salt sözleşme borçlusunun tacir olması halindeki ceza şart sorumluluğunu düzenlemiş bulunmaktadır. Bir başka ifade ile, TTK. nun 14 ncü maddesi hükmü gereğince, bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimse tacir sıfatını taşır ve yine aynı yasanın 3 ncü maddesi hükmü uyarınca ticari şekilde işletilen bir müessesenin bütün eylem ve işlemleri ticari iş kapsamındadır. Bu durumda tacir sıfatını taşıyan borçlunun, borcun kaynağı olan sözleşme tipine bakılmaksızın bu hükme tabi sorumluluğunun bulunduğu kabulü zorunludur."

⁴⁴³ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 316.

⁴⁴⁴ Karagöz, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s. 246; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 303.

⁴⁴⁵ KARAGÖZ, Veli, Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Cezai Şart (Karar İncelemesi), EÜHFD, C. XIII, S. 1-2, 2009, s. 213-215 (Anılış: Karagöz, Karar İncelemesi).

⁴⁴⁶ Karagöz, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s. 246; Karagöz, Karar İncelemesi, s. 213-215; Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK, 2004/9-759 E., 2005/9 K., 2.2.2005 T. sayılı kararı: "Bir olayda, cezai şart miktarının fahiş olup olmadığı belirlenirken; tarafların ekonomik durumları, özel olarak borçlunun ödeme gücü, alacaklının, asıl borcun ifa edilmesi halinde elde edeceği yarar ile, cezai şartın ödenmesinin sağlayacağı yarar arasındaki makul ve adil ölçü, sözleşmeye aykırı davranılması yüzünden alacaklının uğradığı zarar; borçlunun borcunu yerine getirmemek suretiyle sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışının ağırlığı, ölçüt alınmalı ve sonuçta hak, adalet ve nasafet kurallarına uygun bir cezai şart miktarına hükmedilmelidir."

bir şekilde çabalaması gibi durumlarda ceza koşulunun indirilmemesi mümkündür⁴⁴⁷. Ceza koşulunun istenebilmesi için işverenin zararının bulunması gerekli olmasa da, uğranılan zararın miktarı işverenin ne ölçüde bir menfaati olduğunun belirlenmesi açısından hâkime yol gösterici olabilecektir⁴⁴⁸. Yargıtay HGK da 2008 yılında verdiği kararda işverenin uğradığı zararın ceza koşulunda indirim sırasında dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir⁴⁴⁹. Bununla birlikte rekabet yasağına aykırı olan davranışın yasak süresinin hangi anında ortaya çıktığı konusu da hâkimin tenkise ilişkin takdirinde rol oynaması mümkündür. Özellikle, rekabet yasağına aykırılığın sürenin sonuna doğru ortaya çıkmış olması durumunda, işverenin korunan menfaati büyük ölçüde azalmış olacağından, hâkim cezai şartın indirilmesi yönünde takdir kullanabilecektir⁴⁵⁰. Ayrıca işverenin üstlendiği bir karşı edim varsa bu da ceza tutarının yüksekliğini makul kılacak bir etkidir ve hâkim tarafından dikkate alınmalıdır⁴⁵¹. Öğretide ceza koşulunun indirimini gerektiren vakıaları ispat külfetinin işçinin üzerinde olduğu belirtilmektedir⁴⁵². Bununla birlikte, gerek öğretideki bu görüş gerekse de genel ispat kuralları (HMK m. 190) uyarınca, ceza koşulunun indirilmemesi yönündeki vakıaları ispat külfetinin de işveren üzerinde olması gerektiği kanaatindeyiz.

Karşılaştırmalı hukukta dikkat çeken bir husus ise, işçinin ödemekle yükümlü olduğu ceza koşulu tutarının bir tür tavanla sınırlandırması yöntemidir. Belçika hukukunda, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği işçiye aylık brüt ücretinin en az %50'si kadar bir tutarın rekabet süresi boyunca her ay karşı edim olarak ödenmesine bağlı tutulmuştur. Buna karşılık, işçinin rekabet yasağına aykırı davranması halinde, işveren hem ödenen karşı edimin iadesini hem de buna ek olarak toplam karşı edim tutarına denk bir tazminatın ödenmesini talep etme hakkına sahip olmaktadır. Böylece ceza koşulu işlevine sahip ancak kanun ile sınırları belirlenmiş bir tazminat hakkı öngörülmektedir. Benzer şekilde hem İsviçre öğretisinde hem de Alman öğretisinde,

⁴⁴⁷ **Soyer**, s. 83; **Karagöz**, Karar İncelemesi, s. 214.

⁴⁴⁸ **Soyer**, s. 84; **Karagöz**, Karar İncelemesi, s. 214.

⁴⁴⁹ Yargıtay HGK., 2008/9-517 E., 2008/566 K., 22.9.2008 T. sayılı kararı: “...Cezai şartın istenebilmesi için, işverenin uğramış olduğu zarar miktarı, cezai şartın indirilmesinde dikkate alınmalıdır...”

⁴⁵⁰ **Karagöz**, Karar İncelemesi, s. 214.

⁴⁵¹ **Nazlı**, s. 203.

⁴⁵² **Ertan**, Rekabet Yasağı, 314.

ödenen ceza koşulunun işçinin bir yıllık ücretini kesinlikle aşmaması gerektiği savunulmaktadır.⁴⁵³

Öğretide, Alman, Belçika ve İsviçre hukukunda benimsenen görüşler doğrultusunda, Türk hukuku bakımından da işçinin bir yıllık ücretini aşan ceza koşulunun aşırı sayılabileceği ve hâkim tarafından bunu aşan tutarın tenkis edilebileceği savunulmaktadır⁴⁵⁴. Ancak bunun mutlak bir sınır olmadığı, somut şartlar değerlendirildiğinde işçinin bir yıllık ücretini aşan ceza koşulunun bazı durumlarda makul olabileceği de belirtilmektedir. Örneğin, rekabet yasağının süresinin kısalığı, işçinin ücretinin düşüklüğü, işverenin zararının yüksekliği gibi etkenler işçinin bir yıllık ücretini aşan bir ceza tutarını makul kılabilir. Kanaatimizce, olması gereken hukuk anlamında ceza koşulunun kanun yoluyla sınırlandırılması şeklinde bir yöntem, işçinin bireysel menfaatlerini korumak açısından faydalıdır. Öte yandan ceza koşulunun, teminat ve caydırıcılık işlevleri sayesinde işverenin kullanabileceği etkili bir sözleşme aracı olduğunu da unutmamak gerekir. Dolayısıyla, işverenin ceza koşuluna getirilecek olan tavanı, işçiye ödeyeceği karşı edime endeksli olarak artırabilmesi şeklinde bir düzenleme işverenin de menfaatlerini korumaya yardım edebilir ve olması gereken hukuk bağlamında değerlendirilebilir.

Rekabet yasağı sözleşmesinde işverenin karşı edim üstlenmiş olması halinde, işçi rekabete aykırı bir davranışta bulunursa, işçinin rekabet etmeme borcuna sadık kaldığı süre dikkate alınarak, karşı edime orantılı olarak hak kazandığı kabul edilmektedir⁴⁵⁵. Ancak, rekabet yasağı sözleşmesinde işçinin rekabet yasağına aykırı davranışına bağlı olarak, işçinin elde ettiği karşı edimin tamamını iadesi bir ceza koşulu olarak kararlaştırılabilir. Bu durumda da hâkimin karşı edimin iadesine ilişkin ceza koşulunda TBK m. 182'nin 3. fıkrası uyarınca takdir yetkisi kullanabileceği belirtilmektedir⁴⁵⁶.

⁴⁵³ Alman, İsviçre ve Belçika öğretisindeki kaynaklar için bkz. **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 309-312.

⁴⁵⁴ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 311-312.

⁴⁵⁵ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 359-360.

⁴⁵⁶ Alman Federal Mahkemesi'nin aynı yöndeki kararı için bkz. **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 357'ten naklen BAG 13.7.2005 AP 78 zu § 74 HGB.

Yargıtay önüne 2013 yılında gelen bir davada, yerel mahkeme karşı edimli olarak kararlaştırılan rekabet yasağı sözleşmesinde, işçiye ödenen karşı edimin iadesini öngören bir ceza koşulu ile ilgili enteresan bir karar vermiştir⁴⁵⁷. Yerel mahkeme önündeki olayda, rekabet yasağı sözleşmesi tahtında işçiye karşı edim olarak 435.000 USD ödeme yapılmış ve rekabet yasağına aykırı davranması halinde ceza koşulu olarak bu tutarın iade edileceği kararlaştırılmıştır. Yerel mahkeme, işçinin iki yıllık rekabet yasağı süresi içinde 202 gün boyunca yasağa uymuş olduğunu gözeterek, tutar üzerinden oranlama yapmış ve işçinin ödemesi gereken ceza koşulunun 314.630,14 USD olduğuna, ancak bu tutar üzerinden de %30 hakkaniyet indirimi yapılmasına karar verilmiştir. Yargıtay, yerel mahkemenin kararını kısmen rekabet yasağı süresine uyulması sebebiyle orantılı şekilde ceza tutarına hükmetmesi açısından uygun bulmuştur. Fakat ceza koşulunun işçiye ödenen karşı edimin iadesi olduğu ve bu nedenle ceza koşulunun işçinin malvarlığından bir eksilmeye yol açmadığı için fahiş kabul edilemeyeceği gerekçesiyle ayrıca %30 indirimle gidilmesini hatalı bularak yerel mahkeme kararını bozmuştur. Kanaatimizce, Yargıtay'ın bu kararı kısmen isabetli ancak kısmen de hatalıdır. Gerçekten de işçiye ödenen karşı edimi aşmayan ve sadece karşı edimin iadesini şart koşan bir ceza koşulunun işçi nezdinde bir zarara yol açmadığı açıktır ve bunun fahiş kabul edilmesi söz konusu değildir. Kaldı ki işverenin, işçiye rekabet yasağına uymadığı süreye karşılık peşinen ödemiş olduğu karşı edimin iadesini bu konuda bir ceza koşulu bulunmasa dahi sebepsiz zenginleşme hükümlerine (TBK m. 78-82) dayanarak talep etme hakkı bulunmaktadır⁴⁵⁸. Dolayısıyla bu durumda hâkimin takdir yetkisini kullanıp indirim yapmaması doğru bir yaklaşımdır.

⁴⁵⁷ Yargıtay 9. HD, 2010/36445 E., 2013/4274 K., 5.2.2013 T. sayılı kararı: “Dosya içeriğine göre rekabet yasağının öngörüldüğü süre içinde davalı işçi diğer operatörün kart dağıtım ve pazarlama işini alan bir şirketi kurmuş ve bu yolla rekabet yasağına aykırı davranmıştır.

Mahkemece davalı işçinin rekabet yasağına aykırı davrandığı yönündeki gerekçesi yerindedir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda rekabet yasağı öngörülen iki yıllık sürenin 202 gününde yasağa aykırı davranılmadığı belirlenmiş, kalan 528 gününde ise sözleşme hükümlerine uyulmadığı tespit edilmiş, buna göre iki yıllık süre için öngörülen cezai şartın 528 günlük kısmına göre oranlama yapılarak ödenmesi gereken tutar 314,630,14 USD olarak belirlenmiştir. Sözü edilen oranlama iş hukuku ilkelerine uygundur. Ancak mahkemece sözü edilen indirim dışında % 30 oranında hakkaniyet indirimi yapılması hatalıdır. Zira somut uyuşmazlıkta rekabet yasağına aykırılık sebebiyle işçiden talep edilen tutar işveren tarafından daha önce ödenmiş olan miktardır. Başka bir anlatımla rekabet yasağına aykırılık sebebiyle işçinin malvarlığından eksilmeye neden olacak bir talepte bulunulmamıştır. İşverence ivazlı rekabet yasağı kapsamında yapılmış olan ödemenin iadesi istenmiştir. Bu noktada iadesi istenen cezai şartın fahiş olduğundan da söz edilemez. Bilirkişi raporunda, rekabet yasağına aykırı davranılan süreye göre oranlama yoluyla yapılan indirim yeterli olup mahkemece ayrıca indirimle gidilmesi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.”

⁴⁵⁸ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 361.

Yargıtay'ın bu kararında katılmadığımız husus ise, işçinin rekabet yasağına uyduğu süre gözetilerek, bu süre zarfında elde ettiği karşı edimin iadesinin ceza koşulu ile hiçbir halükarda istenemeyeceği yönünde bir sonuç çıkmasıdır. Öğretide, işçinin rekabet yasağına uyduğu süre bakımından karşı edime hak kazandığı kabul edilmektedir⁴⁵⁹. Halbuki böyle bir durumda işverenin talebi, rekabet yasağına aykırı davranış sebebiyle işçiye ödenen karşı edimin iadesi yönünde bir talep değildir. Somut olayda işverenin talebinin kaynağının rekabet yasağı sözleşmesinde yer alan ceza koşulu olduğu üzerinde durulmalıdır. Burada işveren, rekabet yasağı sözleşmesinde yer alan ceza koşuluna dayanarak karşı edime denk bir tutarda ceza ödemesi talep etmektedir. Bu durumda isabetli olan yaklaşım, işçinin rekabet yasağına uymadığı süreye ilişkin karşı edimin tamamını ceza koşulu olarak iade alabilmesi ve işçinin rekabet yasağına uyduğu süreyle bağlantılı olarak da ceza koşulunun fahiş olup olmadığına dair ayrıca inceleme yapılmasıdır. Zira ceza koşulunun temel işlevi, ispat kolaylığı sebebiyle işverenin zararlarının teminat altına alınması ve işçinin sözleşmeye aykırı davranışının cezalandırılarak bir caydırıcılık yaratmasıdır. Bunun aksi bir yaklaşım benimsendiğinde ve ceza koşulu fiili zarar miktarına denk bir tutara indirildiğinde ceza koşulu "ceza işlevini" yitirmektedir⁴⁶⁰. Ayrıca daha önce de belirttiğimiz üzere, hâkim ceza koşulunun fahiş olup olmadığını değerlendirirken işverenin karşı edim üstlenmiş olmasını ceza koşulunun yüksekliğini haklı kılan bir gerekçe olarak evleviyetle dikkate almalıdır.

⁴⁵⁹ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 359-360; Doğan, s. 161-162.

⁴⁶⁰ Ceza koşulunun zarar miktarına kadar indirilmesi halinde ceza koşulunun ceza fonksiyonunu yitirdiği konusunda bkz. Karagöz, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s. 55; Aynı yönde Yargıtay HGK, 2004/9-759 E., 2005/9 K., 2.2.2005 T. sayılı kararı: "Yine, fahişliğin belirlenmesinde, cezai şartın borcunu yerine getirmesi için borçlu üzerinde, hukuk düzeninin izin verdiği ruhsal bir baskı aracı olduğu da gözden kaçırılmamalı, bu bir baskının ortadan kaldırılmasına yol açacak biçimde indirimden kaçınılmalıdır."

4. İşçinin Rekabet Yasağına Aykırı Davranışının Sona Erdirilmesi (Aynen İfa)

a. Genel olarak

TBK m. 446'nın 3. fıkrası uyarınca *“İşveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağa aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilir.”*. Dolayısıyla, işçinin rekabet yasağı sözleşmesine aykırı davranması halinde, işverenin ceza koşulu ve zararlarının tazmini taleplerine ek olarak, işçinin rekabete aykırı davranışını sona erdirmesini talep etmesi de mümkün olabilecektir.

Rekabet etmeme edimi, tipik bir yapmama borcudur ve yapmama borcuna aykırılık halinde aynen ifanın talep edilip edilemeyeceği konusu öğretide tartışmalıdır⁴⁶¹. Bir görüşe göre yapmama borçlarında korunacak bir menfaatin bulunması halinde aynen ifanın talep edilebileceği savunulmaktadır⁴⁶². Diğer görüşe göreyse, TBK m. 113'ün 2. fıkrasında yer alan *“Yapmama borcuna aykırı davranan borçlu, bu aykırı davranışının doğurduğu zararı gidermekle yükümlüdür.”* yönündeki düzenlemeden yapmama borçlarında alacaklı tarafından kullanılacak öncelikli hukuki yolun kural olarak borca aykırı davranıştan doğan zararın giderilmesini istemek olduğu anlaşılmaktadır⁴⁶³. Öte yandan, TBK m. 446'nın 3. fıkrası ile getirilen düzenlemenin TBK m. 113'e göre özel hüküm (*lex specialis*) olduğu ve rekabet yasağı sözleşmelerinde bu hükmün uygulanması gerektiği ve dolayısıyla rekabet yasağı sözleşmeleri açısından aynen ifa talebinin mümkün olduğu öğretideki baskın görüştür⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ BAŞOĞLU, Başak, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2012, s. 145.

⁴⁶² Başoğlu, s. 95, Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 368-369.

⁴⁶³ TEKİNAY, Selahattin Sulhi /AKMAN, Sermet /BURCUOĞLU, Haluk /ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, C. 2, s. 924.

⁴⁶⁴ Soyer, s. 85; Taşkent/Kabakçı, s. 39; ERTAN, Emre, Rekabet Yasağı Kaydından Doğan Rekabet Etmemeye Borcunun Aynen İfası (TBK m.446/3), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 13, Sayı 52, 2016, s. 1916 (Anılış: Ertan, Aynen İfa); Başoğlu, s. 97 ve s. 147-148; Doğan, s. 158.

Rekabet yasağına aykırılığın aynen ifa yoluyla ortadan kaldırılmasında da işverenin işletmesel çıkarları ve işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğü arasındaki çatışmanın oldukça belirgin bir biçimde ortaya çıktığını belirtmekte fayda vardır⁴⁶⁵. Özellikle hukukumuzda, işverenin karşı edim üstlenmesi rekabet yasağı sözleşmesinin kurulması için bir zorunluluk olmaması, tarafların menfaatleri arasındaki dengeyi bozmaktadır. Bu itibarla, rekabet yasağı sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan ve kanun koyucunun aynen ifa ile ilgili bu şartları özellikle getirmiş olmasından dolayı, işverenin TBK m. 446'nın 3. fıkrasına dayanarak işçinin rekabet yasağına aykırı olan davranışını önleyebilmesi istisnai bir yoldur ve bunun işveren tarafından son çare olarak istenebileceği belirtilmektedir⁴⁶⁶.

b. Koşulları

İşverenin, işçinin rekabet yasağına aykırı olan davranışına son verilmesini talep edebilmesi için iki koşul öngörülmüştür. Birincisi, işverenin aykırı davranışa son verilmesini talep edebileceği, yani aynen ifayı, taraflar arasında açıkça ve yazılı olarak kararlaştırılmış olmalıdır. İkincisi, rekabet sözleşmesinin ihlali nedeniyle işverenin önemli bir zarara uğrayabilecek olması ve işçinin davranışının ağır nitelikte bir aykırılık oluşturması gerekmektedir⁴⁶⁷.

Birinci koşul olan, rekabet yasağı sözleşmesinde aynen ifanın yazılı olarak ve açıkça kararlaştırılmış olması, işçi lehine getirilen bir şekil şartıdır⁴⁶⁸. Bu hüküm doğrultusunda, eğer rekabet yasağı sözleşmesinin yazılı metninde, ceza koşulunun ödenmesi ve işverenin zararının işçi tarafından tazmini halinde işçinin rekabet etmeme borcunun son ermediği ve işverenin işçiden rekabet yasağına aykırı davranışa son vermesini talep edebileceği açıkça anlaşılmıyorsa, işveren işçiden aynen ifayı talep edemeyecektir. Bu itibarla TBK m. 446'nın 3. fıkrasına atıf yoluyla işverenin hakkının saklı olduğu şeklinde bir ifade bulunması halinde, burada aynen ifayı talep hakkının "açıkça" belirtilmediği ve işverenin aynen ifayı talep edemeyeceği belirtilmektedir⁴⁶⁹.

⁴⁶⁵ Ertan, Aynen İfa, s. 1918.

⁴⁶⁶ Süzek, İş Hukuku, s. 359; Soyer, s. 88; Ertan, Aynen İfa, s. 1919.

⁴⁶⁷ Süzek, İş Hukuku, s. 359; Ertan, Aynen İfa, s. 1921; Doğan, s. 159.

⁴⁶⁸ Ertan, Aynen İfa, s. 1922.

⁴⁶⁹ Süzek, Rekabet Etmeme Borcu, s. 464; Ertan, Aynen İfa, s. 1922; Doğan, s. 159.

İşverenin “ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi” ile “işçinin davranışının haklı göstermesi” aynen ifa talebi için aranan ikinci koşuldur. Bu iki maddi olgunun da bir arada bulunması gerekmektedir⁴⁷⁰.

İlk maddi olgu açısından, öğretide işverenin menfaatinin tazminatla veya cezai şartla telafî edilemeyecek durumda olması halinde bu olgunun gerçekleşeceği belirtilmektedir⁴⁷¹. Bununla birlikte işçinin rekabete aykırı davranışının, işverenin önemli bir zararına yol açabilecek nitelikte olması zaten rekabet yasağı kaydının bağlayıcılık koşuludur. Bundan dolayı öğretide, işverenin yasağa aykırı durumun ortadan kaldırılmasını isteyebilmesi için rekabet yasağına yönelik menfaatten daha da önemli bir menfaatin varlığını kanıtlaması gerektiği belirtilmektedir⁴⁷². İsviçre öğretisinde ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da “*aynen ifayı haklı gösteren önemli menfaat*” şeklinde ayrı bir kavram üzerinde durulduğu belirtilmektedir⁴⁷³. Örneğin, ceza koşulunun işverenin zararlarını karşıladığı veya ortaya çıkan zararın ceza koşulu tutarından daha az olduğu durumda aynen ifa talep edilemeyeceği savunulmaktadır⁴⁷⁴. İşverenin aynen ifa talebini haklı gösteren önemli menfaatlerinin, rekabet süresinin sonuna yaklaşılmış olması halinde etkisinin azalmış olacağı da ifade edilmektedir⁴⁷⁵. Ayrıca belirtmek gerekir ki, rekabet yasağı sözleşmesinde ceza koşulu kararlaştırılmamışsa da işverenin aynen ifayı talep hakkını açıkça saklı tutmuş olması mümkündür⁴⁷⁶. Kanaatimizce böyle bir durumda işverenin menfaati ceza koşulu ile güvence altına alınmadığından, aynen ifayı haklı gösteren önemli bir menfaati bulunduğu yönünde yorumda bulunulması daha makul bir yaklaşımdır.

İkinci maddi maddi olgu açısından, işçinin davranışının dürüstlük kuralına göre ağır bir ihlal teşkil ettiği durumda bu koşulun gerçekleşeceği belirtilmektedir⁴⁷⁷. Öğretide, bu kapsamda değerlendirilebilecek bazı örnekler verilmiştir. Örneğin,

⁴⁷⁰ Ertan, Aynen İfa, s. 1922, s. 328; Doğan, s. 159.

⁴⁷¹ Süzek, İş Hukuku, s. 359; Soyer, s. 89

⁴⁷² Ertan, Aynen İfa, s. 1923.

⁴⁷³ Ertan, Aynen İfa, s. 1923.

⁴⁷⁴ Ertan, Aynen İfa, s. 1923.

⁴⁷⁵ Ertan, Aynen İfa, s. 1924.

⁴⁷⁶ Soyer, s. 87; Doğan, s. 159.

⁴⁷⁷ Süzek, İş Hukuku, s. 359; Soyer, s. 89.

işçinin işveren hakkında yalan beyanlarda bulunarak diğer işçileri ayartması, işverenin işletmesine önemli ölçüde zarar verebilecek rakip bir şirket ile çalışması, işverenin müşteri çevresini yanıltacak şekilde eski işverene ait malzemeleri kullanması gibi hallerde işverenin rekabet yasağı ihlalini TBK m. 446. 3. fıkrası kapsamında durdurulmasını talep edebileceği belirtilmektedir⁴⁷⁸.

Son olarak, öğretideki bir görüşe göre TBK m. 446. 3. fıkrası ile öngörülen bu iki maddi şart, esasen rekabet yasağı sözleşmesinin tek tarafa (işçiye) borç yükleyen bir sözleşme olmasından hareketle kurgulanmıştır ve karşı edimli bir rekabet yasağı sözleşmesi varsa işverenin TBK m. 446'nın 3. fıkrasında yer alan nitelikli koşullar gerçekleşmese dahi aynen ifayı isteyebileceği savunulmaktadır⁴⁷⁹. Kanaatimizce bu görüş dikkate değer olmakla beraber tam olarak isabetli değildir. İşverenin karşı edim üstlenmesi, hâkimin takdirini aynen ifa talebinin kabulü yönünde kullanması açısından önemli bir etken olabilir. Ancak, hukukumuzda işverenin karşı ediminin ve işçiye yüklenen ceza koşulunun sınırlarının çizilmediği düşünüldüğünde, bir rekabet yasağı sözleşmesinin salt karşı edim içermesi doğrudan bu sözleşmede taraflar arasında menfaatler dengesinin kurulduğu anlamına gelmeyecektir. Aynen ifa talebinin kabulünün işçinin çalışma özgürlüğünü sınırlayan esas yaptırım olduğu ve bu konuda temkinli davranılması gerektiği unutulmamalıdır. Bu itibarla kanaatimizce karşı edim içeren rekabet sözleşmelerinin hukuki anlamda tam iki taraflı sözleşme haline gelmesi, TBK m. 446'nın 3. fıkrası ile aynen ifa talebi için öngörülen nitelikli şartların göz ardı edilmesi için yeterli bir gerekçe oluşturmamaktadır.

c. Aynen İfa Talebinin Kullanılması (Dava Süreci)

Hukukumuzda İİK m. 42'de "*Bir paranın ödenmesine veya bir teminatın verilmesine dair olan cebri icralar takip talebiyle başlar ve haciz yoluyla veya rehlin paraya çevrilmesi yahut iflas suretiyle cereyan eder.*" denilmek suretiyle sadece para ve teminat borçlarının ilamsız icraya elverişli olduğu düzenlenmiştir. Bu nedenle,

⁴⁷⁸ Süzek, İş Hukuku, s. 359; Soyer, s. 88.

⁴⁷⁹ Öğretide TBK m. 446/3'ün esasen rekabet yasağı sözleşmesinin tek tarafa (işçiye) borç yükleyen bir sözleşmeden hareketle kurgulandığı gerekçesiyle, karşı edimli bir rekabet yasağı sözleşmesi varsa işverenin TBK m. 446/III'deki nitelikli koşullar gerçekleşmese dahi aynen ifayı isteyebileceği savunulmaktadır bkz. Ertan, Aynen İfa, s. 1928.

rekabet yasağı sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesi halinde işverenin ceza koşulunu veya uğradığı zararların tazminini ilamsız icra yoluyla takip etmesi mümkünken, rekabete aykırı davranışın durdurulması ancak dava yoluyla talep edilebilecektir⁴⁸⁰.

Rekabet yasağı ihlalini önleyici kararın ne şekilde tesis edilebileceği de ayrıca değerlendirilmelidir. Hukukumuzda, mahkemelerin aynen ifayı zorlayıcı hüküm tesis etmesi mümkün olmadığından, rekabet yasağını ihlal eden işçinin yeni işveren ile arasındaki iş akdinin feshi gibi bir hüküm kurulması mümkün olmayacaktır⁴⁸¹. Ancak işçinin kendi işyerini kurduğu bir durumda, rekabet yasağını önlemek adına işyerinin kapatılması şeklinde bir hüküm kurulabilecektir⁴⁸².

İşverenin HMK m. 110 uyarınca ceza koşulu, aşkın zarar ve aynen ifa talebini aynı dava dilekçesiyle ileri sürmesi mümkündür⁴⁸³. Böyle bir durumda, her talep TBK’da ilgili hükümlerin uygulanmasıyla birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Öncelikle hâkimin, rekabet yasağı kaydının, yazılı şekle aykırılık, işçinin fiil ehliyetine sahip olmaması veya işverenin haklı işletmesel menfaatinin yokluğu gibi nedenlerle geçerli olup olmadığını incelemesi gerekir. Rekabet yasağı sözleşmesi geçerli ise ardından rekabet yasağına ilişkin sınırlandırmaların uygunluğu ve işçinin rekabet yasağını ihlal edip etmediği saptanmalıdır. İşverenin taleplerinin incelenmesi aşamasına gelindiğinde TBK m. 446’nın 3. fıkrası doğrultusunda aynen ifa talebine ilişkin nitelikli koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği incelenmeli ve bu doğrultuda hüküm kurulmalıdır. Hâkim aynen ifa hakkında saptamalarını yaptıktan sonra ceza koşulu ve/veya tazminat taleplerinin uygunluğunu değerlendirerek bir karara varmalıdır.⁴⁸⁴

⁴⁸⁰ **Ertan**, Aynen İfa, s. 1928-1929; **Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu**, s. 366-367

⁴⁸¹ **Süzek**, İş Hukuku, s. 359,

⁴⁸² **Süzek**, İş Hukuku, s. 359,

⁴⁸³ **Ertan**, Aynen İfa, s. 1919; HMK m. 110 uyarınca davaların yığılması (objektif dava birleşmesi) hakkında bkz. **PEKCANİTEZ, Hakan/ ÖZEKES, Muhammet/ AKKAN, Mine/ TAŞ KORKMAZ, Hülya**, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, Cilt I-II-III, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mart 2017, C. 2, s. 1092 (Anılış: **Pekcanitez Usul**).

⁴⁸⁴ **Ertan**, Aynen İfa, s. 1919.

Ülkemizde dava yargılamalarının çok uzun yıllar sürmesi gerçeği karşısında, ilk derece mahkemesinin rekabet yasağı süresi dolmadan önce kararını açıklayamayacak olması, yüksek olasılıklı bir ihtimaldir. Dolayısıyla uygulamadan kaynaklanan bu sorun karşılığında işverenin aynen ifa talebinin akıbetinin ne olacağı önem arz etmektedir. Öğretide, bu durumda davanın konusuz kaldığına karar verilmesi gerektiği ancak davanın açılmasına sebebiyet veren tarafın yargılama giderlerine mahkûm edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁸⁵. Zira tahkikat süresi içindeyken, rekabet yasağı süresi de dolmuş ve işçinin rekabet etmeme borcu sona ermiş olacaktır. Böyle bir durumda hâkim HMK m. 310'da yer alan "*Davanın konusuz kalması sebebiyle davanın esası hakkında bir karar verilmesine gerek bulunmayan hâllerde, hâkim, davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumuna göre yargılama giderlerini takdir ve hükmeder.*" düzenlemesi doğrultusunda karar vermelidir⁴⁸⁶. Yani hâkim yargılamayı sürdürerek haksız olan tarafı belirlemeli ve davada haksız çıkan tarafı yargılama giderlerine ve diğer taraf bir avukat tarafından temsil edilmişse kanuni vekâlet ücretine mahkûm etmelidir⁴⁸⁷.

d. Mahkeme İlâminin İcrası

Mahkemenin işverenin rekabete aykırı davranışın sona erdirilmesi yönündeki aynen ifa talebini kabul etmesi durumunda bunun nasıl icra edileceği değerlendirilmelidir.

⁴⁸⁵ Ertan, Aynen İfa, s. 1931.

⁴⁸⁶ Yargıtay 21. H D, 10.3.2005, 1044/2254 sayılı kararı: "...Somut olayda, davacı, yurt dışında 31.08.1966 – 31.06.1982 tarihleri arasında geçen 186 aylık hizmetini 2147 Sayılı Yasaya göre borçlanmış, borcunu yasal süresi içinde ödemiş, 05.02.2003 tarihinde yaşlılık aylığı tahsis talebinde bulunmuş ve 26.04.2004 tarihinde de temyize konu davayı açmıştır. Kurum, dava açıldıktan sonra 06.05.2004 tarihli yazısı ile davacıya 01.03.2003 tarihi itibarıyla müstakil yaşlılık aylığı bağlandığını bildirmiştir. Bu durumda, yargılama devam ederken dava konusuz kalmış olduğundan, "dava hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına" karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. Öte yandan, davanın konusuz kalması halinde, mahkemenin, yargılamaya devam ederek, dava açıldığı zaman hangi tarafın haksız olduğunu tespit edip, o tarafı yargılama giderlerine ve vekâlet ücretine mahkûm etmesi gerekir. Bu nedenle, dava konusu olayda, davacı, dava açılmasına sebebiyet vermediğinden başka bir anlatımla, davacı dava açmakta haklı bulunduğundan, davacı aleyhine yargılama giderleri ve vekâlet ücretine hükmedilmesi de isabetsizdir..."

⁴⁸⁷ Başoğlu, s. 99; Ertan, Aynen İfa, s. 1931.

İİK m. 30'un 3. fıkrasında yapmama borçlarının ilamı ile ilgili olarak “İlam, bir işin yapılmamasına mütedair olduğu takdirde icra dairesi tarafından ilamın hükmü borçluya aynı müddetli bir emirle tebliğ olunur. Bu emirde ilam hükmüne muhalefetin 343 üncü maddedeki cezayı müstelzim olduğu yazılır.” hükmünü haizdir. Dolayısıyla rekabet yasağına aykırı davranışın sona erdirilmesi ile ilgili olarak icra işleminin, bir işin yapılmamasına ilişkin ilamların icrasına ilişkin bu düzenleme doğrultusunda yapılması gerekmektedir⁴⁸⁸. İcra emrinin “aynı müddetli” olduğu düzenlemesi İİK m. 30'un 1. fıkrasında, İİK m. 24'e yapılan bir atıfa ilişkindir. Dolayısıyla burada belirtilen yedi günlük süre dikkate alınarak, icra memuru tarafından bir icra emri düzenlenecek ve işçiye rekabet yasağına aykırı davranışı yedi gün içinde durdurmasını emredilecektir⁴⁸⁹. Ayrıca söz konusu icra emrinde mahkeme ilamına aykırılık halinde İİK m. 343 uyarınca tazyik hapsi cezası uygulanacağı belirtilmelidir⁴⁹⁰.

İİK m. 343'te “Yalnız kendisi tarafından yapılacak olan bir işin yapılması veya bir işin yapılmaması yahut bir irtifak hakkının tesisi veya kaldırılması hakkındaki ilâm hükümlerine makbul mazerete müstenit olmayarak muhalefet eden borçluların, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın gereği yerine getirilirse, borçlu tahliye edilir.” düzenlemesi yer almaktadır. Bu itibarla tazyik hapsi cezasının uygulanması işverenin şikayetine bağlı kılınmıştır. Buna ilişkin davada görevli mahkeme İİK m. 346 uyarınca icra mahkemesidir. İcra mahkemesi, mahkeme ilamına uymayan ve rekabet yasağına aykırı davranışı sürdüren işçiyi üç aya kadar tazyik hapsine çarptırabilecektir. İlgili maddenin son cümlesinde belirtildiği üzere, tazyik hapsinin uygulanması halinde, işçi rekabet yasağına aykırılığı sona erdirdiğini ispatlayan belgeleri icra mahkemesine ibraz ederse, icra mahkemesi tahliye kararı verecektir⁴⁹¹. Sonrasında işçinin mahkeme ilamına yeniden aykırı bir davranışı olması halinde,

⁴⁸⁸ KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, Legal Yayınevi, 1. Baskı, Eylül, 2016, s. 421 (Anılış: Kuru, İcra ve İflas); Başoğlu, s. 99; Ertan, Aynen İfa, s. 1935; Tercier/Pichonnaz/ Develioğlu, s. 369.

⁴⁸⁹ Kuru, İcra ve İflas, s. 421; Ertan, Aynen İfa, s. 1935.

⁴⁹⁰ Kuru, İcra ve İflas, s. 422; Başoğlu, s. 99-100; Ertan, Aynen İfa, s. 1935.

⁴⁹¹ Ertan, Aynen İfa, s. 1935.

işverenin yeniden icra (ceza) mahkemesine şikayette bulunması mümkündür ve bu durumda işçi İİK m. 343 uyarınca tekrar cezalandırılır⁴⁹².

e. İhtiyati Tedbir

İşverenin, rekabet yasağına aykırılığın sona erdirilmesi amacıyla aynen ifa davası açması halinde yargılama süreci içerisinde işçi rekabet yasağına aykırı davranışlarını sürdüreceğinden, işverenin ciddi bir zararla karşılaşması riski bulunmaktadır. Dolayısıyla işverenin HMK m. 389'un 1. fıkrası⁴⁹³ uyarınca uyuşmazlık mahkeme nezdinde nihayete erene kadar hakkını elde etmesi önemli ölçüde zorlaşacağından veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe ederek ihtiyati tedbir talebinde bulunması söz konusu olabilecektir⁴⁹⁴.

İşverenin, HMK m. 390'ın 1. fıkrası⁴⁹⁵ uyarınca aynen ifa davasını açmadan önce veya bu dava ile birlikte mahkemeden ihtiyati tedbir talep etmesi mümkündür⁴⁹⁶. Eğer ihtiyati tedbir dava açılmadan önce talep edilir ve mahkeme ihtiyati tedbire hükmederse, işverenin HMK m. 393'ün 1. fıkrası⁴⁹⁷ uyarınca bir hafta içinde bu kararın uygulanmasını talep etmesi gereklidir. Aksi halde ihtiyati tedbir kendiliğinden kalkacaktır. Bunun ardından işverenin HMK m. 397'nin 1. fıkrası⁴⁹⁸ ihtiyati tedbir kararının uygulanmasını talep etmesinin ardından iki hafta içinde de rekabet etmeme

⁴⁹² **Kuru**, İcra ve İflas, s. 422; **Ertan**, Aynen İfa, s. 1935.

⁴⁹³ 6100 s. HMK m. 389- (1) "Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir."

⁴⁹⁴ **Pekcanitez Usul**, C. 3, s. 2466; **Ertan**, Aynen İfa, s. 1949.

⁴⁹⁵ 6100 s. HMK m. 390- (1) "İhtiyati tedbir, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir."

⁴⁹⁶ **Pekcanitez Usul**, C. 3, s. 2470; **Ertan**, Aynen İfa, s. 1949.

⁴⁹⁷ 6100 s. HMK m. 393- (1) "İhtiyati tedbir kararının uygulanması, verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde talep edilmek zorundadır. Aksi hâlde, kanuni süre içinde dava açılmış olsa dahi, tedbir kararı kendiliğinden kalkar."

⁴⁹⁸ 6100 s. HMK m. 397- (1) "İhtiyati tedbir kararı dava açılmasından önce verilmişse, tedbir talep eden, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak ve dava açtığına ilişkin evrakı, kararı uygulayan memura ibrazla dosyaya koydurtmak ve karşılığında bir belge almak zorundadır. Aksi hâlde tedbir kendiliğinden kalkar"

borcunun ifasına yönelik davayı ikame etmesi gerekmektedir. Aksi halde yine ihtiyati tedbir kendiliğinden kalkacaktır.

HMK m. 390'un 3. fıkrası⁴⁹⁹ uyarınca ihtiyati tedbir talebinde bulunan işverenin, ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmesi ve davanın esası yönünden haklılığını yaklaşık olarak ispatlaması gerekmektedir. Bu itibarla işverenin, ilk olarak davalı işçiyle aralarında geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesi bulunduğunu ve ikinci olarak da işçiyle aralarındaki iş ilişkisinin sona ermesinin ardından işçinin rekabet yasağı sözleşmesine aykırı bir davranışta bulunduğunu yaklaşık ispat ölçüsüyle kanıtlaması gerekmektedir⁵⁰⁰. Bu bağlamda, işçinin eski işverenin iş sırlarını veya müşteri çevresini bildiği, buna rağmen işçinin rakip bir işletmeyle iş sözleşmesi akdettiği veya başka türden bir menfaat ilişkisine girdiği veya rakip bir işletme kurduğu gibi maddi vakıalar hakkında hâkimin nezdinde yaklaşık bir kanaat oluşmalıdır⁵⁰¹. İşveren ispat aracı olarak, işverenin istihdamına ilişkin SGK kayıtlarını veya rakip işletmeye ilişkin ticaret sicil ve vergi kayıtlarını kullanabilecek veya bunların mahkeme tarafından celp edilmesini talep edebilecektir⁵⁰².

İşverenin ihtiyati tedbir talebi üzerine hâkim HMK m. 391'in 1. fıkrası⁵⁰³ uyarınca bir şeyin yapılmaması da dâhil her türlü tedbire karar verme yetkisine sahiptir. HMK m. 390'un 3. fıkrasında ihtiyati tedbir talebinde bulunanın, ne tür bir tedbir istediğini açıkça belirtmesi gerektiği öngörülmüşse de burada talep edenin dilekçesinde açık ve net bir şekilde somut emre (tedbirin içeriğine) yer vermesine gerek yoktur⁵⁰⁴. Zira hâkim ihtiyati tedbir talebine ilişkin karar verirken davadakinden farklı olarak daha geniş bir serbestiye sahiptir ve HMK m. 26'da olduğu gibi taleple sınırlı değildir⁵⁰⁵. Bu itibarla, işverenin ihtiyati tedbir veya dava dilekçesinde, yalnızca

⁴⁹⁹ 6100 s. HMK m. 390- (3) "Tedbir talep eden taraf, dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır".

⁵⁰⁰ **Pekcanitez Usul**, C. 3, s. 2476; **Ertan**, Aynen İfa, s. 1949.

⁵⁰¹ **Ertan**, Aynen İfa, s. 1949.

⁵⁰² **Ertan**, Aynen İfa, s. 1949.

⁵⁰³ 6100 s. HMK m. 391- (1) "Mahkeme, tedbire konu olan mal veya hakkın muhafaza altına alınması veya bir yediemine tevdi ya da bir şeyin yapılması veya yapılmaması gibi, sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek her türlü tedbire karar verebilir."

⁵⁰⁴ **Pekcanitez Usul**, C. 3, s. 2472.

⁵⁰⁵ **Pekcanitez Usul**, C. 3, s. 2501.

ihtiyati tedbir talebinin sebebini ve türünü somut bir biçimde ortaya koyması yeterlidir ve ihtiyati tedbirin içeriğini somut olarak belirtmesine gerek yoktur.

Hâkimin, eda amaçlı ihtiyati tedbir kararı vererek, bir şeyin verilmesi, yapılması veya yapılmaması gibi talepleri geçici olarak kararlaştırması mümkündür⁵⁰⁶. Ancak "*davanın esasını çözer ya da böyle bir sonuç doğuracak tarzda ihtiyati tedbir kararı*" verilip verilemeyeceği öğretide tartışmalı bir husustur ve bu hususta çelişkili Yargıtay kararları bulunmaktadır⁵⁰⁷. Öğretide bazı yazarlar, mahkemenin dava konusu uyuşmazlığın esasını çözümleyecek veya bu yönde sonuç doğuracak ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceğini savunmaktadır⁵⁰⁸. Bazı yazarlar ise buna karşı çıkmakta ve HMK uyarınca hâkimin eda amaçlı ihtiyati tedbir verme yetkisine sahip olduğunu, bunun "geçici" bir nihai karar olduğu ve nihai karar olarak görülemeyeceği savunulmaktadır⁵⁰⁹. Öğretide ikinci görüşü doğru bulan yazarlar, hâkimin işçinin rekabet yasağı kaydına aykırı davranışına son verecek ve söz konusu davranışın tekrarlanmasını önleyecek herhangi bir ihtiyati tedbir kararı verebileceğini belirtmektedirler⁵¹⁰.

HMK m. 390'ın 2. fıkrası⁵¹¹ uyarınca hâkimin ihtiyati tedbir talep eden tarafın haklarının derhâl korunmasında zorunluluk bulunan hâllerde, karşı tarafı dinlemeden tedbire karar verebileceği belirtilmektedir⁵¹². Ancak öğretide çok haklı bir şekilde hâkimin işçiyi dinlemeden ihtiyati tedbire hükmetmemesi gerektiği savunulmaktadır⁵¹³. Zira söz konusu ihtiyati tedbir kararı işçinin anayasa ile güvence altına alınan sözleşme ve çalışma özgürlüğüne yönelik ağır bir müdahale anlamına gelmektedir⁵¹⁴. Kanaatimizce kural olarak ihtiyati tedbir kararı hakkında hüküm kurulmadan önce işçinin dinlenilmesi gerekmektedir. Ancak somut olayın şartları

⁵⁰⁶ **Pekcanitez Usul**, C. 3, s. 2508; **KURU, Baki**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Legal Yayınevi, 1. Baskı, Ağustos, 2016, s. 634 (Anılış: **Kuru**, Medeni Usul).

⁵⁰⁷ Bu hususta öğretide ve yargı kararlarında yer alan tartışmalar için bkz. **Pekcanitez Usul**, C. 3, s. 2509-2519.

⁵⁰⁸ **Kuru**, Medeni Usul, s. 635.

⁵⁰⁹ **Pekcanitez Usul**, C. 3, s. 2509.

⁵¹⁰ **Ertan**, Aynen İfa, s. 1950.

⁵¹¹ 6100 s. HMK m. 390- (2) "Talep edenin haklarının derhâl korunmasında zorunluluk bulunan hâllerde, hâkim karşı tarafı dinlemeden de tedbire karar verebilir."

⁵¹² **Pekcanitez Usul**, C. 3, s. 2475.

⁵¹³ **Ertan**, Aynen İfa, s. 1950.

⁵¹⁴ **Ertan**, Aynen İfa, s. 1950.

değerlendirildiğinde, işçinin rekabete aykırı davranışına derhal son verilmediği takdirde işverenin telafisi mümkün olmayacak zararlarla karşılaşabileceği yaklaşık olarak ispat edilmiş ise işçi dinlenilmeden de ihtiyati tedbir kararı verilmesi mümkün olabilmelidir. Fakat böyle bir durumda, HMK m. 392'nin 1. fıkrası⁵¹⁵ uyarınca ihtiyati tedbir talebinde bulunan işverenin dava sonunda haksız çıkması halinde işçinin uğrayacağı zararları karşılamak üzere teminat yatırmasına karar verilmesi ve böylece işçinin zarar görmesinin engellenmesi yönünde bir uygulama benimsenmesi hakkaniyete uygun olacaktır.

HMK m. 392'nin 1. fıkrasından açıkça anlaşıldığı üzere hâkimin ihtiyati tedbir kararı tesis ederken kural olarak işverenden teminat istemesi gerekse de ihtiyati tedbir talebi resmi belgeye veya kesin bir delile dayanıyorsa veyahut durum ve koşullar gerektiriyorsa, mahkeme gerekçesini açıkça belirtmek şartıyla teminat alınmamasına da karar verebilir ve bu durumda hâkimin takdir yetkisini kullanarak işverenden teminat istememesi mümkün olabilecektir⁵¹⁶. Ancak öğretide isabetli bir şekilde, rekabet etmeme borcunun aynen ifası davasında verilen eda amaçlı ihtiyati tedbir kararı işçinin çalışma özgürlüğüne ciddi bir kısıtlama getirdiğinden, hâkimin işverenin ekonomik gücünü de göz önünde bulundurarak mutlaka bir teminata hükmetmesi gerektiği savunulmaktadır⁵¹⁷. Bu durumda hâkimin, somut olayın şartlarına göre işçinin ve diğer üçüncü kişilerin (örneğin işçinin çalıştığı rakip şirket veya şirket ortakları) uğrayabileceği muhtemel zararı hesaplayarak buna göre bir teminata hükmetmesi uygun olacaktır⁵¹⁸.

İhtiyati tedbir kararının uygulanması aşamasında, tedbirin konusu işçi tarafından açılan işyerinin kapatılması ise, söz konusu işyeri mühürlenerek kapatılır ve

⁵¹⁵ 6100 s. HMK m. 392- (1) “İhtiyati tedbir talep eden, haksız çıktığı takdirde karşı tarafın ve üçüncü kişilerin bu yüzden uğrayacakları muhtemel zararlara karşılık teminat göstermek zorundadır. Talep, resmî belgeye, başkaca kesin bir delile dayanıyor yahut durum ve koşullar gerektiriyorsa, mahkeme gerekçesini açıkça belirtmek şartıyla teminat alınmamasına da karar verebilir. Adli yardımdan yararlanana kimsenin teminat göstermesi gerekmez.”

⁵¹⁶ **Pekcanıtez Usul**, C. 3, s. 2494-2495; **Kuru**, Medeni Usul, s. 639.

⁵¹⁷ **Ertan**, Aynen İfa, s. 1951.

⁵¹⁸ **Pekcanıtez Usul**, C. 3, s. 2524; **Ertan**, Aynen İfa, s. 1951.

gerektiğinde HMK m. 393'ün 3. fıkrası⁵¹⁹ uyarınca kolluk kuvvetlerinin yardımını da başvurulabilir⁵²⁰. Rakip şirketin faaliyetlerinin durdurulmasına yönelik bir ihtiyati tedbir kararı verildiğinde ise ilgili şirketin faaliyetinin durdurulduğu konusunda ticaret siciline şerh düşülebilir⁵²¹. Ancak ihtiyati tedbir kararının konusu işçinin rakip bir işletmede çalışmaması ise bunun doğrudan cebri icra yoluyla sağlanması mümkün değildir⁵²². Zira işçinin iş görme borcu şahsi bir yapma edimidir ve işçinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı bir yapma ediminin ifası zor kullanılarak önlenemez⁵²³. Böyle bir durumda, işçi HMK m. 398⁵²⁴ uyarınca ihtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymadığından veya buna aykırı davrandığından, bir aydan altı aya kadar disiplin hapsiyle cezalandırılabilmesi mümkün olabilir⁵²⁵. Lakin HMK m. 398'in 1. fıkrasının 1. cümlesinde yer alan disiplin hapsi cezasına ilişkin hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiğinden 21.11.2019 tarihinden itibaren bu hüküm yürürlükten kalkmış olacaktır ve ihtiyati tedbir talebinin uygulanmasıyla ilgili olarak söz konusu yola başvurulması mümkün olmayacaktır⁵²⁶.

Söz konusu dava neticesinde işverenin taleplerinin reddine karar verilmesi ve işverenin haksız olduğunun anlaşılması ya da tedbir kararının kendiliğinden kalkması ya da ihtiyati tedbire ilişkin yapılan itiraz neticesinde kaldırılması halinde, işçinin veya zarar gören üçüncü kişilerin HMK m. 399'un 1. fıkrası⁵²⁷ uyarınca haksız ihtiyati tedbir nedeniyle tazminat davası açması mümkün olabileceğini belirtmek isteriz⁵²⁸.

⁵¹⁹ 6100 s. HMK m. 393- (3)" İhtiyati tedbir kararının uygulanması için, gerekirse zor kullanılabilir. Zor kullanmak hususunda, bütün kolluk kuvvetleri ve köylerde muhtarlar, uygulamayı gerçekleştirecek memurun yazılı başvurusu üzerine, kendisine yardım etmek ve emirlerine uymakla yükümlüdürler."

⁵²⁰ **Pekcanitez Usul**, C. 3, s. 2528; **Kuru**, Medeni Usul, s. 641; **Ertan**, Aynen İfa, s. 1951

⁵²¹ **Ertan**, Aynen İfa, s. 1951.

⁵²² **Eren**, Borçlar Genel, s. 1059-1060; **Ertan**, Aynen İfa, s. 1952.

⁵²³ **Ertan**, Aynen İfa, s. 1952.

⁵²⁴ 6100 s. HMK m. 393 –"İhtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kimse, bir aydan altı aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılır. Görevli ve yetkili mahkeme, esas hakkındaki dava henüz açılmamışsa, ihtiyati tedbir kararı veren mahkeme; esas hakkındaki dava açılmışsa, bu davanın görüldüğü mahkemedir."

⁵²⁵ **Ertan**, Aynen İfa, s. 1952; **Pekcanitez Usul**, C. 3, s. 2529.

⁵²⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 11/7/2018 tarihli ve 2018/1 E. 2018/83 K. sayılı kararı ile HMK m. 398'in 1. fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir. Söz konusu iptal kararı Resmi Gazete'de 20.2.2019 tarihinden yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yani 21.11.2019 tarihinde yürürlüğe girecektir (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/02/20190220-7.pdf>).

⁵²⁷ 6100 s. HMK m. 399- (1)" Lehine ihtiyati tedbir kararı verilen taraf, ihtiyati tedbir talebinde bulunduğu anda haksız olduğu anlaşılır yahut tedbir kararı kendiliğinden kalkar ya da itiraz üzerine kaldırılır ise haksız ihtiyati tedbir nedeniyle uğranılan zararı tazminle yükümlüdür."

⁵²⁸ **Pekcanitez Usul**, C. 3, s. 2540-2547; **Ertan**, Aynen İfa, s. 1952-1953.

5. Rekabet Yasağına Aykırılık Halinde Karşı Edimin Akıbeti

a. İşçinin karşı edim hakkını yitirmesi

TBK m. 446’da işçinin rekabet yasağına aykırı davranması halinde işverenin karşı edim borcunun bundan nasıl etkileneceğiyle ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak işverenin karşı edim yüklendiği rekabet yasağı sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen (*sinelagmatik*) ve karşılıklı edimler içeren bir sözleşme olduğundan, TBK m. 97 uyarınca işverenin ödemelik def’ini ileri sürerek karşı edim borcunu yerine getirmekten imtina etmesi mümkündür⁵²⁹. Ayrıca, rekabet yasağına aykırı davranan işçinin, kendi edimini imkânsızlaştırmış olacağı ve işverenin kusurlu ifa imkânsızlığı hükümlerinden yararlanarak karşı edim borcundan kurtulabileceği de savunulmaktadır⁵³⁰.

Öğretide, rekabet yasağı sözleşmesinde işverenin karşı edim üstlenmişse ve işçi rekabete aykırı bir davranışta bulunursa, işçinin rekabet etmeme borcuna sadık kaldığı süre dikkate alınarak karşı edime orantılı olarak hak kazanması gerektiği kabul edilmektedir⁵³¹. Ayrıca işçinin rekabet yasağına aykırı davranışı sona erdirip, rekabet etmeme borcunu yeniden ifa etmeye başlamasıyla işverenin karşı edim yükümlülüğünün de canlanacağı belirtilmektedir⁵³². Fakat işçinin tazyik hapsi gibi bir nedenle iradesi dışında rekabet edemediği durumda işverenin karşı edim yükümlülüğünün doğmaması gerektiği ifade edilmektedir⁵³³.

Rekabet yasağı sözleşmesinde işçinin rekabet yasağına aykırı davranışına bağlı olarak, işçinin elde ettiği karşı edimin tamamını iadesi bir ceza koşulu olarak kararlaştırılabilir. Bu durumda da hâkimin karşı edimin iadesine ilişkin ceza koşulunda

⁵²⁹ **Soyer**, s. 90-91; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 359; **Doğan**, s. 161; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1012; **Tercier/Pichonnaz/ Develioğlu**, s. 336.

⁵³⁰ **Soyer**, s. 90-91; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 359; **Doğan**, s. 161; Kusursuz ifa imkânsızlığı hakkında detaylı açıklama için bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 1062-1069

⁵³¹ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 359-360; **Doğan**, s. 161-162.

⁵³² **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 360.

⁵³³ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 360.

TBK m. 182'nin 3. fıkrası uyarınca takdir yetkisi kullanabileceği savunulmaktadır⁵³⁴. Yargıtay, karşı edimli olarak kararlaştırılan rekabet yasağı sözleşmesinde, işçiye ödenen karşı edimin iadesini öngören bir ceza koşulu kararlaştırıldıysa, işçinin rekabet yasağına uymadığı süreye karşılık ödenen karşı edimin tamamının ceza koşulu ile geri istenebileceğini ve bu bakımdan hâkimin takdir yetkisini kullanarak indirim yapamayacağı yönünde bir karar vermiştir⁵³⁵.

b. İşverenin rekabet yasağı sözleşmesini fesih hakkı

Bazı durumlarda işçinin rekabet yasağını aykırı davranışı bir kez gerçekleştirmesiyle artık işverenin rekabet yasağı sözleşmesini sürdürmekte herhangi bir menfaati kalmayabilecektir. Örneğin bir ticari sırrın veya müşteri portföyünün rakip şirket eline bir kez geçmiş olması veya genel anlamda ifşa olması, işverenin zararının doğrudan gerçekleşmiş olması anlamına gelecektir. Hele ki işveren karşı edim de üstlenmişse böyle bir durumda işverenin aynen ifa talep edip rekabet yasağı sözleşmesinin ayakta kalması için çabalaması, işverenin sadece daha fazla zarara uğraması anlamına gelmektedir⁵³⁶.

İşçinin rekabet yasağına aykırı davranmama borcu, zamana yayılan sürekli bir edim olduğundan, rekabet yasağı sözleşmesi sürekli edim içeren bir borç ilişkisidir⁵³⁷. Bu sebeple işveren TBK m. 126'da yer alan “İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.” düzenlemesi uyarınca sözleşmeyi ileri etkili olarak feshedebilir⁵³⁸. Bu noktada, sözleşmeden dönme ve sözleşmenin feshi arasındaki ayrıma dikkat çekmek uygun olacaktır. Ani edim içeren borç ilişkilerinde “sözleşmeden dönme”den bahsedilir ve bu durumda sözleşmenin

⁵³⁴ Alman Federal Mahkemesi'nin aynı yöndeki kararı için bkz. **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 357'ten naklen BAG 13.7.2005 AP 78 zu § 74 HGB.

⁵³⁵ Çalışmamızın Üçüncü Bölümü'nde Ceza Koşulu Ödenmesi ile ilgili kısımda Yargıtay 9. HD, 2010/36445 E., 2013/4274 K., 5.2.2013 T. sayılı kararı ile ilgili eleştiri ve düşüncelerimizi ayrıntılı olarak belirtmiş bulunmaktayız.

⁵³⁶ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 361-362.

⁵³⁷ **Eren**, Borçlar Genel, s. 107.

⁵³⁸ **Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu**, s. 415-416.

geri etkili olarak sona ermesi söz konusudur⁵³⁹. Sürekli edim içeren borç ilişkilerinde ise “sözleşmenin feshi” kavramı geçerlidir ve bu durumda sözleşme ileriye etkili olarak sona erer⁵⁴⁰. Bundan dolayı, işverenin fesih bildirimiyle birlikte rekabet yasağı ileriye dönük ortadan kalktığından tarafların feshi izleyen döneme ilişkin borçları sona erer⁵⁴¹.

TBK m. 126’nın borçlunun temerrüdü halinde alacaklıya derhal fesih hakkı verdiğini belirtmek gerekir⁵⁴². Bu bağlamda, işverenin fesih hakkını kullanması için işçiye TBK m. 123’te öngörüldüğü şekilde bir mehil veya ihbar öneli vermesi zorunlu değildir⁵⁴³. Ancak, işverenin fesih hakkını, işçinin rekabet yasağına aykırı davranışını öğrendikten sonra makul bir süre içinde kullanması gerekmektedir⁵⁴⁴. Aksi halde işverenin fesih beyanı geçersiz kabul edilebilecektir⁵⁴⁵.

İşverenin TBK m. 126 doğrultusunda sözleşmeyi feshi halinde işverenin sözleşmenin süresinden önce sona ermesi sebebiyle doğan zararlarını talep hakkı saklıdır⁵⁴⁶. Öte yandan, rekabet yasağı sözleşmesi işverenin fesih beyanını ileri sürmesiyle beraber sona ereceğinden TBK m. 131 uyarınca kural olarak sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulu da sona erecektir. Öğretide işverenin, işçinin rekabet yasağına aykırı davranışı sebebiyle sözleşmeyi feshi halinde kararlaştırılan ceza koşulunu ödemeye mahkûm edilmesini talep hakkının daima saklı olduğu belirtilmişse de bu görüşe katılmamaktayız⁵⁴⁷. Zira TBK m. 131⁵⁴⁸ hükmünün lafzından açıkça

⁵³⁹ SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 59-68; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 415-416.

⁵⁴⁰ Eren, Borçlar Genel, s. 1289.

⁵⁴¹ Eren, Borçlar Genel, s. 1290; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 367.

⁵⁴² Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 415-416; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 367.

⁵⁴³ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 367.

⁵⁴⁴ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 367.

⁵⁴⁵ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 367.

⁵⁴⁶ Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 415-416; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 367.

⁵⁴⁷ Katılmadığımız görüşü aktarmak isteriz Ertan, Rekabet Yasağı, s. 368’den naklen: “Öte yandan rekabet yasağı sözleşmesinin rekabet yasağına aykırılıktan dolayı feshi, işverenin kararlaştırılan ceza koşulunu ve/veya uğradığı zararın giderilmesine engel değildir. İşverenin rekabet yasağı sözleşmesini feshettikten sonra açacağı bir davayla, işçinin rekabet yasağı kaydına aykırı davranışının yaptırım olarak öngörülen ceza koşulunu ve/veya tazminatı ödemeye mahkûm edilmesini talep hakkı daima saklıdır.”

⁵⁴⁸ 6098 sayılı TBK m. 131: “Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur.

anlaşıldığı üzere işverenin rekabet yasağı sözleşmesini feshederken ceza koşulunu istemesi ancak ve ancak ceza koşulunun ifasının talep hakkını saklı tutmuş olmasına bağlıdır⁵⁴⁹.

B. İşverenin Karşı Edim Borcunu İhlal Etmesi

1. Eda (Alacak) Davası ve İlamsız İcra Takibi

İşverenin rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan karşı edim borcunu ifa etmemesi halinde, işçinin karşı edimin ödenmesini talep etmesi mümkündür. Bu durumda karşı edim alacağı vadesinde ödenmeyen işçi açacağı bir alacak (eda) davasıyla karşı edim alacağının işverenden tahsilini talep edebilir ve vade tarihinden itibaren işlemiş faizi de isteyebilir⁵⁵⁰. Ancak bunun için işçinin karşı edim alacağının muaccel olması şarttır⁵⁵¹. Bu bakımdan, tarafların rekabet yasağı sözleşmesinde karşı edimin ödenmesi hakkında kararlaştırdıkları vade önem arz etmektedir. Eğer rekabet yasağı sözleşmesinde karşı edimin ifası için bir vade öngörülmemişse, TBK m. 90 uyarınca rekabet yasağının yürürlüğe girmesiyle beraber karşı edim borcu da muaccel hale gelir⁵⁵². Zira TBK m. 90'da "*İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur*" denilerek ifa zamanı kararlaştırılmayan borçların doğumu anında muaccel olacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte sözleşmede karşı edim için bir vade belirlenmediği durumda işçinin işvereni temerrüde düşürmesi için TBK m. 117'nin 1. fıkrası uyarınca ihtarda bulunması zorunludur⁵⁵³. Öte yandan, sözleşmede işverenin karşı edimi ödeyeceği gün belirlenmişse, bu günün geçmesiyle işveren TBK m. 117'nin 2. fıkrası uyarınca ihtar gereksizdir temerrüde düşecektir⁵⁵⁴.

İşlemiş faizin ve ceza koşulunun ifasını isteme hakkı sözleşmeyle veya ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle saklı tutulmuş ise ya da durum ve koşullardan saklı tutulduğu anlaşılmaktaysa, bu faizler ve ceza koşulu istenebilir."

⁵⁴⁹ Eren, Borçlar Genel, s. 1336.

⁵⁵⁰ Eren, Borçlar Genel, s. 1055; Oğuzman/Barlas, s. 326; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 370.

⁵⁵¹ Eren, Borçlar Genel, s. 1055; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 368; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 402.

⁵⁵² Ertan, Rekabet Yasağı, s. 369.

⁵⁵³ Eren, Borçlar Genel, s. 1120; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 369.

⁵⁵⁴ Eren, Borçlar Genel, s. 1123; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 369.

Karşı edim genel olarak belirli veya belirlenebilir bir tutar olarak kararlaştırılmaktadır. Böyle bir durumda işçinin belirsiz alacak davası veya kısmi dava açması mümkün olmadığı ve böyle bir dava açıldığında işçinin hukuki yararı bulunmadığından hâkimin davayı dava şartı eksikliğinden reddetmesi gerektiği belirtilmektedir⁵⁵⁵. Fakat, karşı edim tutarı işçinin ücreti esas alınarak belirlenmişse ve ücretin tutarı çekişmeliyse işçinin belirsiz alacak davası veya kısmi dava açmakta hukuki yararı bulunduğu ifade edilmektedir⁵⁵⁶.

Öğretide karşı edimin ücret alacağı olmadığı bu nedenle karşı edime TBK m. 147 uyarınca ücret alacağına uygulanan beş yıllık zaman aşımı süresinin değil TBK m. 146 uyarınca on yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği belirtilmektedir⁵⁵⁷. Kanaatimizce de karşı edim, niteliği itibarı ile ücret olmadığından 5 yıllık zamanaşımına değil 10 yıllık genel zamanaşımına tabi olması gerekir. Öte yandan, öğretide karşı edim ödemesinin, misal aylık ödemeler şeklinde kararlaştırılması halinde de bunun dönemsel bir edim olarak değil taksitlere bölünmüş tek bir karşı edim olarak kabul edilmesi ve yine her bir taksit açısından ayrı ayrı 10 yıllık zamanaşımı uygulanması gerektiği belirtilmektedir⁵⁵⁸. Kanaatimizce de bu görüş işçi lehine olduğundan isabetli bir yaklaşımdır.

Karşı edimin parasal bir edim olarak kararlaştırıldığı varsayımından hareketle, işçinin karşı edimi İİK m. 42 doğrultusunda ilamsız icra takibi yoluyla talep etmesi de mümkündür⁵⁵⁹. Burada tartışma yaratabilecek bir husus, işverenin İİK m. 62 doğrultusunda icra takibine itiraz etmesinin ardından işçinin İİK m. 67 doğrultusunda açacağı itirazın iptali davasında İİK m. 67'nin 2. fıkrası uyarınca icra inkâr tazminatı isteyip isteyemeyeceğidir. Yargıtay icra inkar tazminatı taleplerine ilişkin verdiği kararlarda, söz konusu alacağın belirli bir likit alacak olup olmadığından hareket ederek, ancak belirli bir likit alacağa itiraz edilmişse icra inkar tazminatına

⁵⁵⁵ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 370-371.

⁵⁵⁶ Pekcanitez Usul, C. 2, s. 1038, Ertan, Rekabet Yasağı, s. 371.

⁵⁵⁷ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 371.

⁵⁵⁸ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 371.

⁵⁵⁹ Eren, Borçlar Genel, s. 1056; Kuru, İcra ve İflas, s. 107; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 372.

hükmedilebileceği görüşündedir⁵⁶⁰. Karşı edimin çoğunlukla belirli veya belirlenebilir olacağı düşünüldüğünde işçinin icra inkâr tazminatı talebi edip edemeyeceği sorusunu olumlu yanıtlamak mümkündür⁵⁶¹. Ancak karşı edimin işçinin ücreti esas alınarak belirlendiği ve ücret tutarının da çekişmeli olduğu durumda söz konusu tutar likit olmadığından bu mümkün olmayacaktır⁵⁶².

İşverenin karşı edim borcunu ifa etmemesi halinde, işçinin TBK m. 97'ye dayanarak ve ödemezlik def'i ileri sürerek kendi borcunu ifa etmek kaçınıp kaçınmayacağı da önemli bir tartışma konusudur. Hem Alman hem de Türk hukuku öğretisinde bu sorunun cevabı olumsuzdur⁵⁶³. İşçinin ödemezlik def'i'ne dayanarak rekabet yasağına aykırı bir davranışta bulunması, üstlenilen edimin yerine getirilmesinden kaçınılması anlamına gelemeyeceği, bunun mevcut bir yükümlülüğe aykırı davranılması ve sözleşmeden beklenen amacın değerini bütünüyle yitirmesine yol açacağı ve dolayısıyla işçinin ödemezlik def'i'ni bu şekilde kullanmasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı savunulmaktadır⁵⁶⁴.

2. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Feshi

İşverenin rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan karşı edim borcunu ifa etmemesi halinde, işçinin başvurabileceği diğer bir hukuki yol da sözleşmeyi feshetmektir.

İşveren karşı edim borcunu vadesinde ödemez ise işçinin sözleşmeyi feshi hakkını TBK m. 123'te yer alan "*Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir.*" hükmü doğrultusunda kullanması gerekmektedir. Bu itibarla, TBK m. 123 uyarınca işçinin fesih hakkını

⁵⁶⁰ **Kuru**, İcra ve İflas, s. 151; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 372; Yargıtay 22. HD. 2014/30139 E. , 2014/30833 K. , 10.11.2014 T. sayılı kararı; Yargıtay 13. HD., 2016/5332 E. , 2016/9236 K. , 31.3.2016 T. sayılı kararı.

⁵⁶¹ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 372.

⁵⁶² **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 372.

⁵⁶³ **Soyer**, s. 92; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 374-375.

⁵⁶⁴ **Soyer**, s. 92; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 374-375.

kullanabilmesi için işverenin temerrüde düşmüş olması ön koşuldur. Eğer rekabet yasağı sözleşmesinde karşı edim için bir vade belirlenmemişse, işçinin TBK m. 117'nin 1. fıkrası uyarınca işverene ihtar göndererek işvereni temerrüde düşürmesi gerekmektedir⁵⁶⁵. Ancak, sözleşmede işverenin karşı edimi ödeyeceği gün belirlenmişse, bu günün geçmesiyle işveren TBK m. 117'nin 2. fıkrası uyarınca ihtar gerek olmaksızın temerrüde düşecektir⁵⁶⁶. İkinci olarak, işçinin TBK m. 123 doğrultusunda karşı edimin ödenmesi için işverene uygun bir süre bildirmesi gereklidir⁵⁶⁷. Uygun sürenin ne olduğu somut olaya göre değişecektir. Alman öğretisinde bu sürenin en fazla 2 ila 3 hafta arasında olmasının yeterli olduğu kabul edilmektedir⁵⁶⁸. Kanaatimizce işveren herhangi bir ödeme güçlüğü içinde bulunmuyorsa bu sürenin daha kısa olması da uygun bulunabilir. Öğretide belirtildiği gibi para borcunun ödenmesinde 2 gün dahi yeterli olabilir⁵⁶⁹.

İşverenin bildirilen sürede karşı edim borcunu ifa etmemesi halinde işçi, TBK m. 125 uyarınca rekabet yasağı sözleşmesini feshederek borcun ifa edilmemesinden doğan zararının giderilmesini isteyebilecektir. İşçinin seçimlik hakkını rekabet yasağı sözleşmesinin feshinden yana kullanmasıyla rekabet yasağı sözleşmesinden doğan sürekli borç ilişkisi ileriye etkili olarak sona erecektir⁵⁷⁰. Dolayısıyla, işçi fesih tarihinden itibaren rekabet etmeme borcundan kurtulacaktır. Bu durumda işçi fesih tarihinden sonraki döneme ilişkin karşı edim alacağını da kaybedecektir⁵⁷¹.

C. İhlal Halinde Görevli Mahkeme Sorunsalı

TTK m. 5'in 1. fıkrasında yer alan “*Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir.*” düzenlemesi uyarınca, aksine bir kanuni düzenleme bulunmadıkça, dava konusunun miktar veya

⁵⁶⁵ Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 402-403; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 369.

⁵⁶⁶ Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 402; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 369.

⁵⁶⁷ Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 410-411; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 372.

⁵⁶⁸ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 372.

⁵⁶⁹ Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 403-404.

⁵⁷⁰ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 372-373.

⁵⁷¹ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 372-373.

değerine bakılmaksızın malvarlığını ilgilendiren tüm ticari davalar asliye ticaret mahkemesinde görülecektir⁵⁷². TTK m. 5’in 2. fıkrasında ise TTK m. 4’e atıf yapılarak burada sayılan davaların asliye ticaret mahkemesinde görüleceği açıkça belirtilmiştir. TTK m. 4’ün 1. fıkrasının c bendinde yer alan “*Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ... 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun ... rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447... maddelerinde... öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır.*” düzenlemesi gereği TBK m. 444-447 ile düzenlenen rekabet yasağı sözleşmeleri de “mutlak” ticari dava ve iş sayılır⁵⁷³. Bu itibarla rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan her türlü uyuşmazlık asliye ticaret mahkemesinde görülecektir.

Öte yandan, İş Mahkemeleri Kanunu m. 5’te yer alan “*İş mahkemeleri...6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına... ilişkin dava ve işlere bakar*” düzenlemesi nedeniyle TBK m. 444-447’de düzenlenen rekabet yasağı sözleşmelerinin iş mahkemelerinde görüleceği şeklinde bir anlam ortaya çıkmaktadır. İş Mahkemeleri Kanunu’nun ilgili maddesinin yürürlük tarihinin 25.10.2017 olduğu, buna karşın TTK’nın ilgili maddesinin yürürlük tarihinin 1.7.2012 olması gerçeği karşısında durum daha da tartışmalı hale gelmektedir. Zira Mülga olan 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun yürürlük tarihi 4.8.1950 olduğundan, önceki kanun-sonraki kanun (lex posterior) ilişkisi sebebiyle TTK m. 4’ün özel hüküm olarak uygulanması gerektiği savunulmaktaydı⁵⁷⁴. Ancak artık söz konusu görüşün gerekçesi ortadan kalkmış bulunmaktadır. Yine de kanaatimizce, TTK m. 4’ün kapsam itibarı ile daha dar bir şekilde doğrudan TTK m. 444-447’ye atıf yaptığı, buna karşın İş Mahkemeleri Kanunu m.5’in ise TBK’nın “İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine” şeklinde yaptığı yollamanın oldukça geniş olduğu

⁵⁷² Pekcanitez Usul, C. 1, s. 159.

⁵⁷³ Pekcanitez Usul, C. 1, s. 160.

⁵⁷⁴ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 458, Ertan, Rekabet Yasağı, s. 458, dn. 1828’den naklen Soyer, 2008 yılı kararları, s. 13.

ve bu nedenle TTK hükmünün özel hüküm (lex specialis) olduğu sonucuna ulaşmak ve özel hüküm olan TTK m. 4'ün uygulanması gerektiğini savunmak halen mümkündür.

Öğretide, rekabet yasağı sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görülmesi gerektiği, bundan kaynaklı davaların mutlak ticari dava kabul edilmesinin uyuşmazlığın özüne aykırı olduğu, Alman İş Mahkemeleri Kanunu uyarınca rekabet yasağına ilişkin uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüldüğü gerekçeleriyle bu uyuşmazlıkların iş mahkemelerince çözülmesinin iş hukukunun ruhuna daha uygun olduğu savunulmaktadır⁵⁷⁵. Yargıtay'ın bu konuda farklı içtihatları bulunmaktadır⁵⁷⁶. Bununla birlikte Yargıtay HGK 2012 yılından itibaren eski içtihadından⁵⁷⁷ dönerek, istikrarlı bir şekilde rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların mutlak ticari dava olduğu ve asliye ticaret mahkemesinde görülmesi

⁵⁷⁵ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 459-463; **Doğan**, s. 166-167.

⁵⁷⁶ Detaylı inceleme için bkz. **Doğan**, s. 167-173; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 453-456.

⁵⁷⁷ Yargıtay HGK, 2012 yılından önce vermiş olduğu kararlarda rekabet yasağı sözleşmesinin iş ilişkisinden kaynaklanması sebebiyle iş mahkemelerinin görevli olduğuna hükmetmekteydi. Bu yöndeki kararlar için bkz. Yargıtay HGK, 2011/9-508 E., 2011/545 K., 20.9.2011 T. sayılı kararı: “5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, 3008 sayılı İş Kanunu yürürlükteyken çıkarılmış olduğundan 1.maddesinde ‘‘O kanunun değiştirilen ikinci maddesinin Ç, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) olmak üzere işçi sayılan kimseler işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan uyuşmazlıkların çözülmesi ile görevli olarak lüzum görülen yerlerde iş mahkemeleri kurulur’’ hükmü bugün 4857 sayılı İş Kanununa göre tanımlanan ve 4. maddede sayılanlar dışında kalan işçiler olarak anlaşılmalıdır. 5521 sayılı Kanunda yer alan ‘‘işçi sayılan’’ ifadesi İş Kanunu kapsamında bulunan işçi olarak yorumlanmalıdır. Bu durumda, 4857 sayılı İş Kanunu’nun ‘‘İstisnalar’’ başlıklı 4.maddesinde sayılan kişiler ile belirtilen işlerde çalışanlar tarafından açılacak davalarda iş mahkemeleri değil, genel mahkemeler görevlidir. Nitekim yukarıda görevli mahkeme ilgili olarak yapılan açıklamalar ve ortaya konulan ilkeler Hukuk Genel Kurulu’nun 22.09.2008 gün ve E:2008/9-517, K:566 sayılı ilamında da, aynen benimsenmiştir. Sonuçta; 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 348 ve devamı maddelerine dayalı olarak İş Kanunu kapsamında işçi sayılan kişinin, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali nedeniyle açılan cezai şartın tahsiline ilişkin davalarda iş mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilerek ön sorun oyçokluğu ile aşıldıktan sonra işin esasının incelenmesine geçilmiştir.”

gerektiğine hükmetmiştir⁵⁷⁸ ve daha sonraki Yargıtay kararlarında da bu doğrultuda kararlar verildiği görülmektedir⁵⁷⁹.

D. Dava Şartı Olarak Arabuluculuk

Dava şartları, davanın esasının görülebilmesi, yargılamanın yapılabilmesi için varlığı ya da yokluğu aranan, bunlar mevcut değilse de davanın esasına girilemeyen ve baştan davanın usulden reddini gerektiren hallerdir⁵⁸⁰. Dava şartlarının ne olduğu HMK m. 114'da düzenlenmektedir. Genel olarak her davada aranması gereken “genel dava şartları” HMK m. 114'ün 1. fıkrasında sınırlı sayıda olarak öngörülmüştür⁵⁸¹.

⁵⁷⁸ Yargıtay HGK 2013/13-412 E. , 2013/1708 K., 25. 12.2013 T. sayılı kararı: “Gerek davalı işçi ile davacı arasında imzalanan rekabet yasağı sözleşmesinin kapsamı, gerek davalının davacıya ait işyerinden sözleşmesi feshedilerek ayrılmış olması, gerekse de davacının istemi ile davanın açıklanan özelliğine göre; davalının rekabet yasağını ihlal eden davranışının açık biçimde iş akdinin sona ermesinden sonraki döneme ilişkin bulunduğu; bu davranışın, hizmet akdinin sona ermesinden sonra gerçekleşen rekabet yasağına aykırılığı düzenleyen, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 444 ve 447 maddeleri (mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 348.maddesi) kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır.Bu kapsamda yer alan uyumsuzluklara ilişkin davaların ise, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 4/1-c. (mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4/1-3.) maddesi gereğince mutlak ticari dava niteliği taşıdığından duraksama bulunmamaktadır. Mutlak ticari davaların görülme yeri ise, açık biçimde ticaret mahkemeleridir. Bu konuda, Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmelerde azınlıkta kalan görüş sahipleri; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 5/1. (mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5/1.) maddesinde “Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir” hükmü nedeniyle, özel düzenleme bulunan, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5.maddesine göre, rekabet yasağının ihlaline ilişkin uyumsuzluğun iş mahkemesince ve iş hukuku kurallarına göre çözülmesi gerektiği, Hukuk Genel Kurulu'nun 21.09.2011 gün ve 2011/9-508 E., 2011/545 K. sayılı kararının da aynı yönde olduğu savunulmuşsa da, bu görüş kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir. O halde, mutlak ticari dava niteliğindeki eldeki davaya bakma görevi de ticaret mahkemesine ait olup; yerel mahkemenin, iş mahkemesinin davaya bakmakla görevli olduğundan bahisle, verdiği görevsizlik kararı usul ve yasaya aykırıdır.”; Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK 2012/854 E., 2013/292 K., 27.2.2013 T. sayılı kararı, Yargıtay HGK, 2011/11-781 E., 2012/109 K., 29.2.2012 T. sayılı kararı.

⁵⁷⁹ Yargıtay 11.HD, 2016/11487 E., 2016/8359 K., 24/10/2016 T. sayılı kararı: “TTK'nın 4. maddesiyle TBK'nın 444. maddesinden kaynaklanan davaların, mutlak ticari davalardan olduğu öngörülmüştür. Mutlak ticari davalar herhangi bir unsurun, bağlanma noktasının veya sebebin, davanın ticari niteliğini değiştirmedeği, mahkemenin kanaatinin rol oynamadığı davalar olup, aynı Kanun'un 5.maddesine göre, ticari davalara bakma görevi asliye ticaret mahkemelerine aittir.Nitekim aynı hususlara, Dairemizin 2008/7321 E.- 2008/9007 K., 2000/8808 E.-2000/10150 K., 2006/9411 E.- 2007/12223 K., 2007/4507 E.- 2008/6825 K., 2005/6508 E.-2006/9306 K., 2012/13124 E.- 2012/14595 K. sayılı ilamlarında olduğu gibi, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2011/11-781 E. 2012/109 K., 2012/9-854 E.- 2013/292 K. sayılı ilamında da işaret edilmiştir.O halde, mutlak ticari dava niteliğindeki davaya bakma görevi asliye ticaret mahkemesine ait olmasına rağmen, yerel mahkemece, açıklanan bu hususlar dikkate alınmadan, iş mahkemesinin davaya bakmakla görevli olduğundan bahisle dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.”.

⁵⁸⁰ Pekcanitez Usul, C. 2, s. 927; EKMEKÇİ, Ömer / ÖZEKES, Muhammet / ATALI, Murat, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2018 s. 150.

⁵⁸¹ Pekcanitez Usul, C. 2, s. 927-950.

Bununla birlikte HMK m. 114'ün 2. fıkrasında “*Diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümler saklıdır.*” denilmek suretiyle bazı diğer kanunlarda “özel dava şartları” bulunabileceği belirtilmiştir⁵⁸².

7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılmasına İlişkin Kanun’un, 19 Aralık 2018’de Resmi Gazete’de yayımlanmasıyla beraber, 7155 sayılı Kanun m. 20. uyarınca TTK’ya “ticari davalarda arabuluculuk” başlıklı 5/A maddesi eklenmiştir. 7155 sayılı Kanun m. 26 uyarınca da, söz konusu TTK m. 5/A, 1 Ocak 2019 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş ve ticari davalarda arabuluculuk dava şartı haline gelmiş bulunmaktadır.

TTK m. 5/A’nın 1. fıkrasına göre “*Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.*” denilmektedir. Dolayısıyla ticari davalar açısından davanın açılmasından önce arabuluculuğa başvurulmasının, HMK m. 114’ün 2. Fıkrası uyarınca bir özel dava şartı olarak öngörüldüğü belirtmek mümkündür.

TTK m. 5/A hükmünün TTK m. 4’e atfı yaptığından hareket edersek, TTK m. 4’ün 1. fıkrasının c bendinde yer alan “*Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ... 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun ... rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447... maddelerinde... öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır.*” düzenlemesi uyarınca TBK m. 444-447 ile düzenlenen rekabet yasağı sözleşmelerinin ticari dava olarak belirlendiği ve sonuç olarak buna ilişkin davalar açılmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulmasının bir dava şartı olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır⁵⁸³.

⁵⁸² Pekcanitez Usul, C. 2, s. 950.

⁵⁸³ KOÇYİĞİT, İlker / BULUR, Alper, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Birinci Baskı, Mart 2019 s. 99.

Arabulucuya başvuru zorunluluğunun, dava şartı olarak düzenlenmiş olmasının yerindeliği öğretilde eleştirilmektedir. Asıl olanın devlet yargısı olmasından bahisle, arabulucuya başvuru zorunluluğunun dava şartı yerine ilk itiraz olarak düzenlenmesinin daha isabetli olduğunu savunan yazarlar bulunmaktadır⁵⁸⁴. Ancak söz konusu eleştiriler bir yana maddi düzenleme ile arabulucuya başvuru zorunluluğunun bir dava şartı olarak kabulü ve uygulanması zorunludur⁵⁸⁵. Dolayısıyla, rekabet yasağı sözleşmelerine ilişkin davalarda arabulucuya başvurulmasının dava şartı olması nedeniyle bunun sonuçlarını irdelemek gerekmektedir.

Rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmaz ve doğrudan dava yoluna gidilirse dava şartı noksanlığı bulunacaktır. HMK m. 115'in 2. fıkrası uyarınca *“Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder.”* denilmektedir. Bununla birlikte HUAK m. 18/A'nın 1. fıkrasında yer alan *“İlgili kanunlarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiş ise arabuluculuk sürecine aşağıdaki hükümler uygulanır.”* düzenlemesi uyarınca arabulucuya başvurulmasına ilişkin özel dava şartı hakkında bazı özel hükümler (*lex specialis*) getirildiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla söz konusu özel hükümlerin dikkate alınarak öncelikli bir şekilde uygulanması gereklidir. HUAK m. 18/A'nın 2. fıkrası uyarınca *“Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının*

⁵⁸⁴ Ekmekçi/ Özkes/ Atalı, s. 150-151.

⁵⁸⁵ Ekmekçi/ Özkes/ Atalı, s. 150-151.

anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir.” denilmektedir. Bu hüküm neticesinde, davacının arabulucuya başvurma zorunluluğunu yerine getirdiği ancak anlaşmazlığa ilişkin son tutanağı dava dilekçesine eklememesi halinde, davacının bu eksikliği hâkimin vereceği bir haftalık kesin süre içerisinde tamamlama olanağı bulunmaktadır. Fakat arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın ve dosya üzerinden davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verileceği açıkça belirtilmiştir. Hatta HUAK Yönetmeliği m. 22’nin 3. fıkrasında *“Dava dilekçesi içeriğinden açıkça arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde derhal herhangi bir usuli işlem yapılmadan ve duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir.”* denilerek, hâkimin duruşma dahi yapmadan derhal dava şartı noksanlığını tespit ederek davanın usulden reddine karar vermesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu itibarla, dava şartı olan arabuluculuk sürecinin, HMK m. 115’in 2. fıkrası çerçevesinde, gider avansı yatırılmasında veya gerekli hâllerde teminat gösterilmesinde olduğu gibi tamamlanabilen bir dava şartı eksikliği olarak düzenlenmediği ve dava şartı noksanlığının giderilmesi ve arabulucuya başvurulması için mahkemece davacıya süre verilmeyeceği anlaşılmaktadır⁵⁸⁶. Öte yandan HMK m. 115’in 3. fıkrasında yer alan *“Dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez.”* hükmünün uygulama alanı bulmasına engel olmadığını savunmak mümkündür⁵⁸⁷. Böyle bir durumda, eğer arabulucuya başvurulmadan dava açılmışsa ancak bu dava şartı noksanlığı mahkemece davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş veya taraflarca ileri sürülmemiş ve hüküm kurulana kadar taraflar arabulucuya başvurarak bu noksanlığı gidermişlerse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü dava usulden reddedilmemelidir⁵⁸⁸. Genel dava şartlarında olduğu gibi, arabulucuya başvurulmasına ilişkin özel dava şartında da HMK m. 115 uyarınca, mahkeme bu şartın mevcut olup olmadığını davanın her aşamasında kendiliğinden araştıracaktır ve taraflar bu şartın noksanlığını her zaman ileri

⁵⁸⁶ Ekmekçi/ Özkes/ Atalı, s. 152-154; Koçyiğit/ Bulur, s. 48.

⁵⁸⁷ Koçyiğit/ Bulur, s. 48.

⁵⁸⁸ Koçyiğit/ Bulur, s. 48.

sürebilecektir⁵⁸⁹. Bu nedenle istinaf ve temyiz yoluna başvurulduğunda da arabulucuya başvurulmasına ilişkin dava şartı noksanlığı, kamu düzenine ilişkin olduğundan kendiliğinden değerlendirilmesi gereken mutlak bir bozma sebebidir⁵⁹⁰.

Şunu önemle belirtmek gerekir ki, arabuluculuğun dava şartı olabilmesi için, davanın konusunun “*konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında*” olması ön koşuldur. Dolayısıyla işverenin veya işçinin rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan talepleri parasal değilse, buna ilişkin bir dava açmadan önce arabulucuya başvurmaları zorunlu değildir. Örneğin, işverenin talebi işçinin rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan borcunu aynen ifa etmesi yönündeyse, buna dair bir eda davası açılmadan önce arabulucuya başvurulması gerekmemektedir. Keza, işçi rekabet sözleşmesindeki yasağa ilişkin sınırlamaların aşırı olduğunun tespit edilerek, bu sınırlandırmaların hâkim tarafından hakkaniyete göre daraltılması istemli bir dava açmak isterse işçinin bu davayı ikame etmeden önce arabulucuya başvurması zorunlu değildir.

Öte yandan, rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanabilecek olan işveren tarafından zararlarının veya kararlaştırılan ceza koşulunun ödenmesine ilişkin işçiye yöneltilen davalar veya işçi tarafından kararlaştırılan karşı edimin ödenmesine ilişkin işverene yöneltilen davalar ikame edilmeden önce arabulucuya başvurulması zorunludur. Böyle bir durumda, işverenin açacağı davada hem rekabet yasağı sözleşmesinde kararlaştırılan ceza koşulunun ödenmesini, hem ceza koşulunu aşan zararlarının tazminini hem de işçi tarafından üstlenilen rekabet yasağı borcunun aynen ifa edilmesini talep ediyorsa, arabulucuya başvurulmasına ilişkin dava şartının ne şekilde incelenmesi gerektiği değerlendirilmelidir.

Davacı HMK m. 110 uyarınca, aynı davalıya karşı olan, birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. İşverenin, rekabet yasağı sözleşmesine dayanarak işçiye karşı açacağı davada, hem kararlaştırılan ceza koşulunun ödenmesini hem ceza koşulunu aşan zararlarının tazminini hem de işçi

⁵⁸⁹ Ekmekçi/ Özokes/ Atalı, s. 152.

⁵⁹⁰ Ekmekçi/ Özokes/ Atalı, s. 152.

tarafından üstlenilen rekabet yasağı borcunun aynen ifa edilmesini talep ediyorsa bunların hepsi ayrı birer asli taleptir ve HMK m. 110 doğrultusunda değerlendirilmelidir⁵⁹¹. Davaların yığılması halinde, dava şartlarının her bir asli talep bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği, taleplerden sadece birisinin konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebi içeren ticari dava ise, sadece bu asli talep bakımından dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanacağı, diğer asli talep bakımından dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı ifade edilmektedir⁵⁹². Bu bağlamda kanaatimizce, eğer işveren arabulucuya başvurmadan söz konusu davayı açmış ise, hakim ceza koşulunun ödenmesi ve aşkın zararın tazmini yönündeki talepler açısından dava şartı noksanlığı bulunduğunu tespit ederek bu talepler yönünden davanın usulden reddine karar vermeli, ancak aynen ifa talebi açısından yargılamanın esasına girmelidir.

Ayrıca, HMK m. 111 uyarınca açılan terditli davalarda, davacı tarafından ileri sürülen asli veya ferî taleplerden sadece birisinin konusunun bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebi içermesi halinde, bütün taleplere dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁵⁹³. Bu durumda rekabet yasağı sözleşmesi kaynaklı açılan davada talepler arasında aslilik-ferilik ilişkisi bulunması halinde, eğer arabulucuya başvurulmasına ilişkin dava şartı eksik ise davanın bütün talepler açısından usulden reddedilmesi gerekmektedir⁵⁹⁴.

İşverenin veya işçinin rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan “*konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında*” İİK m. 42 uyarınca ilamsız icra takibine başvurmaları söz konusu olabilir. Böyle bir durumda dava şartı olarak kabul edilen arabuluculuk düzenlemesinin tarafların ilamsız icra takibi yapmasına engel olmadığını belirtmek gerekir⁵⁹⁵. Ancak, hakkında ilamsız icra takibi başlatılan muhatabın İİK m. 62 doğrultusunda ödeme emrine itiraz etmesi

⁵⁹¹ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 324; HMK m. 110 uyarınca davaların yığılması (objektif dava birleşmesi) hakkında bkz. Pekcanitez Usul, C. 2, s. 1092.

⁵⁹² Koçyiğit/ Bulur, s. 69.

⁵⁹³ Koçyiğit/ Bulur, s. 69.

⁵⁹⁴ HMK m. 111 uyarınca terditli (kademeli) davalar hakkında bkz. Pekcanitez Usul, C. 2, s. 1083.

⁵⁹⁵ Ekmekeçi/Özekes/Atalı, s. 194-195; Koçyiğit/Bulur, s. 67.

neticesinde, İİK m. 67 uyarınca itirazın iptali davası açılabilmesi için, bu dava ikame edilmeden önce arabulucuya başvurulması bir dava şartıdır ve zorunludur⁵⁹⁶.

II. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

A. Genel Sona Erme Sebepleri

Genel olarak bir sözleşmeyi sona erdiren sebepler, rekabet yasağı sözleşmesi veya rekabet yasağı kaydı açısından da geçerli olacaktır. Bu itibarla, tarafların iradi olarak sona erdirmeye karar vermeleri üzerine, işçinin ölümüyle veya rekabet yasağı süresinin dolmasıyla beraber rekabet yasağı sözleşmesi sona erer⁵⁹⁷.

1. Tarafların iradi olarak sona erdirmesi

Tarafların rekabet yasağını sona erdirmek üzere ibra veya ikale yoluyla anlaşmaları mümkündür⁵⁹⁸. Belirtmek gerekir ki taraflar arasındaki iş sözleşmesinin anlaşma yoluyla sona erdirilmesi halinde rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği kural olarak etkilenmeyecektir⁵⁹⁹.

İşverenin karşı edim üstlenmediği rekabet yasağı sözleşmeleri tek tarafa (işçiye) borç yükleyen nitelikte olduğundan, işverenin tek taraflı iradesi ile rekabet yasağı sözleşmesinin sona erdirilmesi mümkündür⁶⁰⁰. Ancak işverenin karşı edim üstlendiği durumda, iki taraflı bir sözleşme meydana geleceğinden, bunun doğası gereği olarak işverenin tek taraflı iradesi ile rekabet yasağı sözleşmesini sona erdirmesi mümkün değildir⁶⁰¹. Bu durumda işçi rekabet yasağı sözleşmesinden doğan rekabet etmeme

⁵⁹⁶ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 194-195; Koçyiğit/Bulur, s. 67.

⁵⁹⁷ Soyer, s. 93; Süzek, İş Hukuku, s. 360; Süzek, Rekabet Etmeme Borcu, s. 465; Sulu, Rekabet Yasağı, s. 593; Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 554; Taşkent/Kabakçı s. 40.

⁵⁹⁸ Eren, Borçlar Genel, s. 1288.

⁵⁹⁹ Altay, s. 205; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 445-446; Sulu, Rekabet Yasağı, s. 593; Doğan s. 174.

⁶⁰⁰ Doğan, s. 187.

⁶⁰¹ Soyer, s. 97; Taşkent/Kabakçı, s. 38; ŞAHLANAN, Fevzi, Bir Bedel Karşılığı Öngörülen Rekabet Yasağından İşverenin Vazgeçmesi, Tekstil İşveren Dergisi Nisan 2015, s. 410, s. 5; Doğan, s. 187.

borcunu ifa ederek, işverenden karşı edim borcunu yerine getirmesini talep edebilir⁶⁰². Öte yandan, öğretide savunulduğu üzere, işveren rekabet yasağı sözleşmesinde karşı edim üstlenmişse bile, eğer rekabet yasağı sözleşmesini tek taraflı olarak feshi hakkını saklı tutmuşsa bir feshi ihbar öneli tanıyarak sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir⁶⁰³.

Yargıtay önüne gelen bir olayda, işverenin rekabet yasağı sözleşmesini tek taraflı olarak feshi hakkını saklı tuttuğu durumda karşı edimli olan rekabet yasağı sözleşmesini tek taraflı olarak feshedebileceği, ancak işçinin rekabet yasağına uyduğu süre boyunca karşı edime hak kazanmış olacağı yönünde karar vermiştir⁶⁰⁴. Söz konusu karar öğretide isabetli bulunmuştur⁶⁰⁵.

2. Rekabet yasağı süresinin sona ermesi

Rekabet yasağı sözleşmesinde, rekabet yasağı süresinin belirli olması bir geçerlilik şartıdır. Bu sürenin dolmasıyla beraber işçinin rekabet yasağına uyma borcu da kendiliğinden sona erecektir⁶⁰⁶.

⁶⁰² Soyer, s. 97; Taşkent/Kabakçı, s. 38; Şahlanan, s. 5; Doğan, s. 187.

⁶⁰³ Soyer, s. 97; Doğan, s. 188.

⁶⁰⁴ Yargıtay 7. HD., 2013/2542 E. , 2013/5823 K. , 8.4.2013 T. sayılı kararı: “Somut olayda davacının iş akdi 05.01.2009 tarihi itibarıyla işverenden gelen icap doğrultusunda taraflar arasında akdedilen ikale sözleşmesi ile son bulmuş, davacı davalı şirkete noter aracılığıyla gönderdiği 12.03.2010 tarihli ihtarname ile rekabet yasağına ilişkin sözleşme hükmüne dayanarak tabi olduğu 24 aylık kısıtlama uyarınca 24 maaş tutarında ödeme yapılması gerekirken 7 maaş tutarında ödeme yapıldığını bildirerek eksik ödenen 17 maaş tutarındaki alacağının ödenmesini talep etmiş, davalı şirketin noter aracılığıyla 05.04.2010 tarihinde gönderilen davacıya 07.04.2010 tarihinde tebliğ edilen cevabi ihtarda ise “sözleşme hükmüne göre davalı şirketin rekabet yasağına ilişkin kısıtlama hakkından her zaman vazgeçebileceği davacıya bu hükmün dayatılmayacağı” bildirilmek suretiyle artık davalı şirketin ihtarnamenin tebliği tarihi olan 07.04.2010 tarihinden itibaren rekabet yasağına ilişkin kısıtlamadan vazgeçtiği anlaşılmaktadır. Davacının dava tarihi itibarıyla halen işsiz olduğu anlaşılmakla sözleşmedeki bu hüküm ve ihtarnamedeki işveren açıklaması karşısında 05.01.2009 fesih tarihi ile ihtarnamenin kendisine tebliğ edildiği 07.04.2010 tarihleri arasındaki 1 yıl 3 ay 2 günlük süreye ilişkin aylık ödemelerle mahrum kalınan miktarı talep edebileceği kabul edilmelidir. Yapılacak iş; davacının ihtarnamedeki ve dava dilekçesindeki talebi gözetilerek davalı işverence 7 maaş tutarında yapılan ödeme düşülerek bakiye 8 ay 2 günlük süre yönünden rekabet yasağına ilişkin hüküm gözetilerek hesaplama yapıp davacı işçinin rekabet yasağına ilişkin bu engelleme sonucu iş bulamadığından çalışamaması nedeniyle yapmaktan kurtulduğu giderler gözetilerek Borçlar Kanununun 325/sonuncu (6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 408.) maddesi kıyasen uygulanarak hak edilen alacaktan uygun bir indirim yapıp çıkacak sonuca göre karar vermektir.”

⁶⁰⁵ Şahlanan’ın karar hakkındaki incelemesi için bkz. Şahlanan, Bedel Karşılığı, s. 1-5.

⁶⁰⁶ Soyer, s. 93; Süzek, İş Hukuku, s. 360; Süzek, Rekabet Etmeme Borcu, s. 465; Sulu, Rekabet Yasağı, s. 593; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 554; Taşkent/Kabakçı, s. 40

3. İşçinin ölümü

İşçinin rekabet yasağı sözleşmesi ile üstlendiği rekabet etmeme borcu, işçinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı bir edimdir⁶⁰⁷. Borçlunun kişiliğine sıkı sıkıya bağlı edimlerin üçüncü bir kişi tarafından yerine getirilmesi mümkün olmadığından, işçinin ölümüyle beraber rekabet etmeme borcu da sona erecektir⁶⁰⁸. Ancak işçinin rekabet yasağını ihlal ettikten sonra vefat etmesi halinde işçinin ceza koşulu veya tazminat gibi parasal borçlarının mirasçılara geçeceği ifade edilmektedir⁶⁰⁹. İşverenin ölümü halinde ise kural olarak TBK m. 441’de yer alan “İşverenin ölümü hâlinde, yerini mirasçıları alır” hükmü doğrultusunda işverenin rekabet yasağı sözleşmesinden doğan tüm hak ve borçları külli halefiyet yoluyla mirasçılara geçecektir⁶¹⁰.

B. Özel sona erme sebepleri

1. İşverenin Korunmaya Değer Bir Menfaatinin Kalmaması

TBK m. 447’nin 1. fıkrasında düzenlendiği üzere “*Rekabet yasağı, işverenin bu yasağın sürdürülmesinde gerçek bir yararının olmadığı belirlenmişse sona erer.*”. Bu hüküm, TBK m. 444’ün 2. fıkrasında rekabet yasağının bir koşulu olarak belirtilen, işçinin işverene ait bilgileri kullanımının işverene önemli bir zarar verecek nitelikte olması koşuluyla uyumludur. Böylece, işverenin önemli bir zarara uğraması ihtimali kalmadığında, yani işverenin yararı bulunmadığı durumda, rekabet yasağı sözleşmesinin sona ereceği düzenlenmiştir⁶¹¹.

İşverenin müşteri çevresinin değişmesi, rekabet yasağı ile korunan bilgilerin üçüncü kişiler tarafından bilinir ve kullanılabilir hale gelmesi, işverenin faaliyetlerini yer bakımından başka bir bölgede sürdürmeye başlaması, işverenin konu bakımından

⁶⁰⁷ Eren, Borçlar Genel, s. 105; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 64; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 442.

⁶⁰⁸ Eren, Borçlar Genel, s. 105; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 64; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 442.

⁶⁰⁹ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 442.

⁶¹⁰ Süzek, Rekabet Etmeme Borcu, s. 465; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 442; Doğan, s. 175.

⁶¹¹ Soyer, s. 93-94; Süzek, İş Hukuku, s. 360; Süzek, Rekabet Etmeme Borcu, s. 465; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 442; Doğan, s. 175.

başka bir faaliyet alanına yönelmesi gibi hallerde rekabet yasağını sürdürmekte işverenin bir yararının kalmadığı sonucuna varılabilecektir⁶¹².

Şunu da belirtmek gerekir ki öğretide, işverenin korunmaya değer önemli bir menfaatinin kalmaması halinde rekabet yasağının sona ereceğini öngören kuralın işverenin karşı edimini içermeyen ve tek tarafa borç yükleyen sözleşme modelinin esas alınarak getirildiği ifade edilerek, sözleşmede karşı edim öngörüldüğü durumda işverenin korunmaya değer bir menfaati kalmadığından bahisle sözleşmenin sona ermiş olduğunu ileri sürüp karşı edimi ifadan kaçınamayacağı belirtilmektedir⁶¹³.

2. İş akdinin işveren tarafından haklı neden olmadan feshi

İşçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinin ne şekilde feshedildiğinin, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği üzerinde de etkisi olmaktadır. TBK m. 447'nin 2. fıkrasında bu durum “*Sözleşme, haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından veya işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilirse, rekabet yasağı sona erer*” şeklinde düzenleme altına alınmıştır. TBK, iş sözleşmesinin feshine ilişkin olarak, işverenin feshi ve işçinin feshi hallerini ayrı şekilde ele almıştır.

İşverenin iş sözleşmesini feshettiği hal ile ilgili olarak, ilgili hükmün lafzında “haklı sebep” kavramı kullanılmıştır. Bu itibarla, hükmün lafzından, iş sözleşmesinin işveren uyarınca İş Kanunu m. 25 veya TBK m. 435 uyarınca haklı nedenle feshedildiği hallerde rekabet yasağı sözleşmesinin de yürürlükte kalacağı anlaşılmaktadır⁶¹⁴. Öğretideki baskın görüşe göre bu hüküm geniş yorumlanmaktadır ve iş sözleşmesinin işveren tarafından İş Kanunu m. 18 uyarınca işçiden kaynaklanan (işçinin yetersizliği veya olumsuz davranışları) sebeplerle feshedilmesi halinde de rekabet yasağı sözleşmesinin devam etmesi gerektiği belirtilmektedir⁶¹⁵. Gerçekten de TBK m. 435'in 2. fıkrasında yer alan “*Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar,*

⁶¹² Soyer, s. 87; Süzek, İş Hukuku, s. 360.

⁶¹³ Soyer, s. 21; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 407; Doğan, s. 177.

⁶¹⁴ Süzek, İş Hukuku, s. 360; Doğan, s. 178.

⁶¹⁵ Süzek, İş Hukuku, s. 360; Taşkent/Kabakçı, s. 41; Süzek, Rekabet Etmeme Borcu, s. 466; Doğan, s. 179; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 555.

haklı sebep sayılır.” hükmünden haklı sebebin İş Kanunu m. 25’te yer alan “haklı neden” kavramından daha geniş bir anlam ifade ettiği görülmektedir ve kanaatimizce de bu görüş yerindedir. Aksi bir görüşün kabulü durumunda, işçi rekabet yasağı sözleşmesinden kurtulmak için işini savsaklayarak ve iş ilişkisini çekilmez hale getirerek, işvereni sözleşmeyi feshetmeye yöneltmeye çalışabilecektir⁶¹⁶. Öğretide azınlıkta olan aksi görüş taraftarları ise kanunun lafzı ile bağlı kalınarak, rekabet yasağı sözleşmesinin sadece İş Kanunu m. 25 veya TBK m. 435 uyarınca haklı nedenle feshedildiği hallerde rekabet yasağı sözleşmesinin ayakta kalması gerektiğini belirtmektedir⁶¹⁷.

Ayrıca ifade etmek isteriz ki, iş sözleşmesinin işveren tarafından İş Kanunu m. 18’e göre işçiye kusur atfedilmeyen “*işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe*” dayanılarak feshedilmesi halinde rekabet yasağı sözleşmesinin sona ereceği konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır⁶¹⁸.

Öte yandan, İş Kanunu m. 25’e göre işverene derhal fesih hakkı tanıyan ancak işçinin kusurundan kaynaklanmayan, sağlık sorunları ve zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması ve iş sözleşmesinin bu sebeple derhal feshi halinde rekabet yasağı sözleşmesinin yürürlükte kalıp kalmaması gerektiği öğretide tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre işçinin bu gibi hastalık ya da zorlayıcı sebepler nedeniyle iş akdi feshedildikten sonra bir de rekabet yasağına tabi olması, işçinin ekonomik

⁶¹⁶ Bkz. aynı görüşte olan **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 434’ten naklen: “Ayrıca işverenin iş sırları veya müşteri çevresi hakkında bilgi sahibi olan bir işçinin iş sözleşmesinin yetersizliği nedeniyle feshedilmesi sonucunda rekabet yasağından kurtulması, yasal düzenlemenin hem amacıyla hem de ruhuyla çelişecektir. Çünkü işçinin yetersizliğine dayanan geçerli fesih nedeninin ortaya çıkmasında işveren herhangi bir rol oynamamakta, fesih nedeni bizzat işçiden kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda performansı sürekli düşen ve iş görme edimini gerektiği gibi yerine getiremeyen başarısız bir işçi örneğini ele alınması konunun açıklığa kavuşturulması açısından yararlı olacaktır: ‘Varsayalım ki böyle bir işçi işverenin önemli iş sırlarına nüfuz etmiş olsun. İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde rekabet yasağının da yürürlüğe girmeyeceği kabul edildiği takdirde, iş sözleşmesini işçiden kaynaklanan geçerli bir nedenle feshetme hakkına sahip işveren “Kırk katır mı, kırk satır mı?” öz değişini anumsatan iki seçenektan birini tercih etmek zorunda kalacaktır: Ya işçinin iş sözleşmesini feshederek iş sırlarına sahip bir işçinin kendisiyle rekabet etmesine göz yumacaktır. Ya da işçinin kendisiyle rekabet etmesinin yol açacağı zararın büyüklüğünü dikkate alarak verimsiz bir işçiye katlanmaya devam edecektir. İşverenin haklı ticari menfaatlerini ciddi bir şekilde zedeleyen böyle bir yaklaşımın paylaşılmaması olanaksızdır. Şu halde iş sözleşmesinin işçinin davranışları veya yetersizliği nedeniyle feshedildiği tüm durumlarda rekabet yasağı uygulanmalıdır.”

⁶¹⁷ **Baskan**, s. 123; **Sulu**, Rekabet Yasağı, s. 594.

⁶¹⁸ **Taşkent/Kabakçı**, s. 41; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 432-433; **Doğan**, s. 180.

geleceğini daha da tehlikeye düşürebilecektir ve bu nedenle rekabet yasağı sözleşmesinin sona ereceği kabul edilmelidir⁶¹⁹. Diğer görüşe göreyse TBK m. 447'nin 2. fıkrasında yer alan *“haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından”* ifadesi fıkranın devamıyla uyumlu olarak *‘işçiye yüklenebilen bir nedenle işveren tarafından’* şeklinde yorumlanmalı; kusursuz veya kusurlu olsun işçiden kaynaklanan bütün haklı nedenle derhal fesihlerde rekabet yasağı yürürlüğe girmelidir⁶²⁰.

Rekabet yasağı sözleşmesinde işveren karşı edim yüklendiği durumlarda, iş sözleşmesi işveren tarafından TBK m. 447'nin 2. fıkrasına uygun olarak feshedilmiş ve rekabet yasağı sözleşmesi yürürlükten kalkmış olsa bile, işçinin seçimlik hakkının bulunduğu ve dilerse rekabet yasağı sözleşmesi ile bağlı kalmayı tercih ederek işverenden karşı edim talep edebileceği ifade edilmektedir⁶²¹.

İşverenin iş sözleşmesine deneme süresi içerisinde son vermesi halinde rekabet yasağı sözleşmesinin yürürlüğe girip girmeyeceği de başka bir tartışma konusudur. Deneme süreli iş sözleşmesi, TBK m. 433' te *“Taraflar, hizmet sözleşmesine iki ayı aşmamak koşuluyla deneme süresi koyabilirler. Deneme süresi konulmuşsa taraflar, bu süre içinde fesih süresine uymak zorunda olmaksızın, hizmet sözleşmesini tazminatsız feshedebilirler.”* ve İş Kanunu m. 15'te *“Taraflarca iş sözleşmesine bir deneme kaydı konulduğunda, bunun süresi en çok iki ay olabilir. Ancak deneme süresi toplu iş sözleşmeleriyle dört aya kadar uzatılabilir. Deneme süresi içinde taraflar iş sözleşmesini bildirim süresine gerek olmaksızın ve tazminatsız feshedebilir. İşçinin çalıştığı günler için ücret ve diğer hakları saklıdır.”* ifadesiyle düzenlenmiştir. Deneme süresi kaydı bulunan iş sözleşmelerinde, işveren deneme süresi içerisinde herhangi bir nedene dayanmadan ve gerekçe göstermeden sözleşmeyi hiçbir tazminat ödemeksizin derhal feshedebilmektedir. Öğretide, iş sözleşmesinin deneme süresi içinde işveren tarafından feshedilmesinin, işçinin bilgi, performans veya davranış açısından iş görme edimine uygun olmamasına bağlı olduğu, dolayısıyla iş sözleşmesinin deneme süresinde feshinin de TBK m. 447 anlamında *işçiye yüklenebilen bir nedenle işveren tarafından haklı nedenle feshi* olarak

⁶¹⁹ Soyer, s. 103-104.

⁶²⁰ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 427-428.

⁶²¹ Soyer, s. 105-106.

değerlendirilmesi ve işçinin rekabet yasağı sözleşmesiyle bağlı kalacağının kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁶²². Ancak, işçinin deneme süresi içerisinde işverenin müşteri çevresi veya üretim ya da iş sırları hakkında bilgi edinme imkânı sağlamasının hayatın olağan akışına aykırı olacağı ve bunun gerçekleşmediğinin fiili bir karine olarak kabul edilmesi, işveren aksini ispat edemediği durumda işçinin rekabet yasağıyla bağlı olmadığının kabul edilmesi gerektiği de belirtilmektedir⁶²³.

Yargıtay önüne gelen bazı olaylara değinmek gerekirse, iş sözleşmesinin feshine bağlı olarak işçiye kıdem ve ihbar tazminatı ödemeleri yapıldığı anlaşılan bir olayda, söz konusu tazminatların işçiye ödenmiş olması sebebiyle iş sözleşmesinin işçinin kusurundan kaynaklanan bir nedenle sona ermemiş olduğu sonucuna varılarak rekabet yasağı sözleşmesinin geçersiz olduğuna hükmedilmiştir⁶²⁴. Ancak iş sözleşmesinin işçiden kaynaklanan nedenlere geçerli sebeple feshedilmesi halinde de işçinin söz konusu tazminatlara hak kazanması mümkündür. Dolayısıyla Yargıtay kararında bu konunun irdelenmemesi ve bu konuda açıklık olmaması eleştiriye açıktır. Bununla beraber, Yargıtay önüne gelen başka bir uyuşmazlık ile ilgili olarak, eğer işveren ile işçi arasında iş sözleşmesinin feshinin haklı veya haksız olduğuna ilişkin başka bir derdest dava bulunuyorsa, bu davanın sonucunun beklenmesi gerektiğine karar vererek, yerel mahkeme kararının bozulmasına hükmetmiştir⁶²⁵.

⁶²² Ertan, Rekabet Yasağı, s. 450-451.

⁶²³ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 451.

⁶²⁴ Yargıtay 9. HD., 2007/913 E., 2007/9258 K., 03.04.2007 T. s. kararı: “Davalının iş sözleşmesi, 19.8.2003 tarihinde davacı işveren tarafından feshedilmiş ve tazminatlar davalı işçiye ödenmiştir. Davalı işçinin bir yıllık süre geçmeden davacı işverene rakip bir firmada yönetici sıfatıyla göreve başladığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Borçlar Kanununun 352. maddesinin 2. fıkrasında, “iş sahibi işçinin feshi muhik gösterecek bir kusuru yok iken akdi feshetmiş yahut iş sahibinin feshi haklı gösteren bir kusuru dolayısıyla akit işçi tarafından feshedilmiş ise, işçi aleyhine memnuiyete muhalefetinden dolayı dava ikame edilemez” şeklinde kurala yer verilmiştir. Anılan hükme göre, davacı işverenin rekabet yasağına aykırılık sebebiyle dava açabilmesi için işçinin kusuru ile haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmiş olması gerekir. Somut olayda davacı işveren, davalı işçinin iş sözleşmesinin feshinde işçinin kusuruna dayanmamıştır. Davalının iş sözleşmesinin işçinin yasal hakları ödenmek suretiyle feshedildiği, işverenin de kabulündedir. Böyle olunca, Borçlar Kanunun 352. maddesi hükmü davacı işverenin rekabet yasağı sözleşmesi sebebiyle tazminat isteğinin reddine karar verilmesi gerekir. Mahkemece davanın reddi yerine, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur.”

⁶²⁵ Yargıtay 11. HD., 2016/295 E., 2017/3142 K., 29.5.2017 T. sayılı kararı: “Ancak, dosyadaki açıklamalarda taraflar arasındaki iş akdinin haksız feshine dayalı olarak Esas sayılı dosyasında derdest dava bulunduğu bildirilmiştir. TBK 447/2 maddesi uyarınca iş akdinin haksız feshi halinde rekabet yasağı sona ereceğinden öncelikle söz konusu davanın sonucu beklenerek haklı feshin koşullarının oluşup oluşmadığı belirlendikten sonra, haklı feshin söz konusu olduğu takdirde uyuşmazlığın yukarıdaki açıklamalar ışığında ele alınarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yasal olmayan gerekçeyle davanın reddi doğru görülmeyp bozmayı gerektirmiştir.”

3. İş akdinin işçi tarafından işverenden kaynaklanan bir nedenle feshi

TBK m. 447'nin 2. fıkrasındaki hüküm ile işçinin iş sözleşmesini, işverenden kaynaklanan bir sebeple feshetmesi halinde rekabet yasağı sözleşmesinin sona ereceği düzenlenmiştir. Bu hüküm yerindedir; zira aksi durumda rekabet yasağı sözleşmesinin mevcudiyeti, işçinin feshi hakkını kullanması yönünde engel oluşturacaktır. Böyle bir durumda, işçi iş sözleşmesinin feshi için haklı nedenler veya geçerli sebepler oluşmuş olsa dahi rekabet yasağı sözleşmesi yüzünden bu hakkını kullanmaktan imtina edebilecek ve iş sözleşmesini devam ettirmek zorunda kalabilecektir⁶²⁶.

İşçinin iş sözleşmesini feshettiği hal ile ilgili olarak kanunun lafzı “işverene yüklenebilen bir sebep” ile sözleşmenin feshedilmiş olmasını ifade etmiştir. Yargıtay içtihatlarında da iş sözleşmesinin işverene yüklenebilen sebeplerle işçi tarafından feshedildiği durumlarda rekabet yasağı sözleşmesinin geçersiz addedildiği görülmektedir⁶²⁷. Bu itibarla, iş sözleşmesinin işçi tarafından İş Kanunu m. 24 veya TBK m. 435 uyarınca haklı nedenle feshedildiği hallerde rekabet yasağı sözleşmesi sona erecektir. Bununla birlikte, haklı nedenle feshi gerektirecek ağırlıkta olmayan ancak, işçinin işverenden kaynaklanan sebeplerle *sürekli fesih* yoluna başvurması halinde de rekabet yasağı sözleşmesinin sona erip ermeyeceği konusu öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu durumda rekabet yasağı sözleşmesinin sona ereceği

⁶²⁶ Süzek, İş Hukuku, s. 360.

⁶²⁷ Yargıtay 11. HD., 2016/76 E. , 2016/5537 K. , 23.5.2016 T. sayılı kararında onanan yerel mahkeme kararının gerekçesi şöyledir: “Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; davalının, davacının işyerinde hizmet veren bir işçi konumunda olup kritik bir görev yapmadığı ve işveren için önemli teknik surlara vakıf konumda olmadığı, somut olarak davalının işverene karşı rekabet yasağı ile yükümlendirilmesini gerektirecek haklı bir sebep ortaya konmadığı ve kanıtlanmadığı, bu durumda sözleşmenin 2. maddesinde öngörülen cezai şartın genel işlem şartı niteliği taşıdığı ve hakkaniyet ile bağdaşmadığı, Anayasa'nın 48. maddesi ile teminat altına alınan çalışma özgürlüğünün, anılan sözleşme şartı ile görmezden gelindiği ve meşru olmadığı, öte yandan davalının iş sözleşmesini haklı olarak feshettiğini ileri sürdüğü ve savunmasını belgelediği, buna göre **TBK'nın 447. maddesine göre rekabet yasağının işverene yüklenebilen sebeplerle feshedildiğinden artık geçerli de olmadığı**, yine BK'nın 19. maddesinin de aynı değerlendirmeyi desteklediği, TBK'nın 444. maddesinde rekabet yasağının uygulama koşullarının düzenlendiği ve belli şartlara bağlandığı, müşteri çevresi, üretim surları ve işverenin yaptığı işler hakkında bilgi sağlanması ve aynı zamanda bu bilginin kullanımının işverenin önemli bir zararına sebep olması halinde öngörülmesi ve kabulünün mümkün olduğu, davacının ise salt ekonomik durumu nedeni ile işe alınabilmek için sözleşmeyi imzalamak zorunda olan işçi ile yapılmış sözleşmedeki hükme dayandığı, ancak gerek temel hukuk ilkeleri ve gerekse TBK'nın 444. maddesindeki yazılı koşullara uygunluğun ispatlamadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.”

kabul edilmelidir⁶²⁸. Diğer bir görüşe göreyse, *işverene yüklenebilen bir neden* ifadesinin süreli feshi de kapsayacak tarzda geniş yorumlanması rekabet yasağı kayıtlarını uygulanamaz hale getirecektir⁶²⁹. Zira Yargıtay kararlarına bakıldığında, uygulamada işçilerin işverenle rekabete girişmeden önce iş sözleşmelerini süreli fesih yoluyla feshettikleri görülmektedir⁶³⁰ ve bu durumda rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olmayacağı kabul edilirse, rekabet yasağı sözleşmeleri işverenlerin ticari risklerini hiçbir zaman koruma altına alamaz⁶³¹. Dolayısıyla, iş sözleşmesinin işçi tarafından süreli feshinde rekabet yasağı sözleşmesinin yürürlüğe girmesi gerektiği savunulmaktadır⁶³².

TBK hükmünün lafzının karşıt anlamından yapılan çıkarıma göre, işçinin işverene yüklenmeyen bir sebeple İş Kanunu m. 17 veya TBK m. 431-432 uyarınca iş sözleşmesini feshetmesi halinde (istifa) rekabet yasağının devam edeceği sonucuna ulaşılmaktadır⁶³³.

Öğretide işçinin İş Kanunu m. 24'ün I. ve III. bentlerine göre sağlık sebepleri ve zorlayıcı sebepler sebebiyle iş sözleşmesini feshetmesi halinde rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olup olmayacağı konusunda tartışma bulunmaktadır. Bir görüş, bu sebeplerin işverenin kusurundan kaynaklanmadığını ve rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır⁶³⁴. Diğer görüşe göreyse, TBK m. 447 işverenin kusuru olsun veya olmasın, *işverene yüklenebilen bir*

⁶²⁸ Soyer, s. 108; Taşkent/Kabakçı, s. 42; Süzek, İş Hukuku, s. 361; Süzek, Rekabet Etmeme Borcu, s. 466; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 555; Baskan, s. 123; Doğan, s. 184.

⁶²⁹ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 436.

⁶³⁰ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 436, dn. 1784'ten naklen: "...Davacı işveren nezdinde davalı işçi satış elemanı olarak çalışmış olup, bir süre sonra kendi isteği ile işyerinden ayrılmış olup, yine şarapçılık konusunda faaliyette bulunan D. Şarapçılık AŞ.'ne ait işyerinde tanıtma ve pazarlama elemanı olarak çalışmaya başlamıştır..." (Yargıtay 9. HD., 29.5.1997; 6252/10506). "...Davalı işçi, davacıya ait işyerinde bilgisayar elemanı olarak 1.10.1997 tarihinden 31.3.1998'e kadar çalışmış sonra da işyerinden ayrılarak dava dışı üçüncü şahsa ait işyerinde işe girmiştir..." (Yargıtay 9. HD., 18.5.1999, 5784/9049). "...Davacı işveren, insan kaynakları müdürü olarak çalışırken istifa etmek suretiyle işyerinden ayrılan davalı işçiden taahhütnamede kararlaştırılan 24 aylık brüt ücreti tutarındaki ceza şart ile eğitim gideri ve diğer masrafların ödenmesini talep etmiştir..." (Yargıtay. 9. HD., 8.6.2004, 18581/14299). "...Davacı işveren, davalının istifasının ardından aynı gün başka şirkette çalışmaya başladığını ileri sürerek iş sözleşmesinin 5.3 maddesinde belirtilen rekabet yasağının ihlalden kaynaklanan 60.000 USD ceza şartı da talep etmiştir..." (Yargıtay 9. HD., 12.7.2005, 2189/24839).

⁶³¹ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 436.

⁶³² Ertan, Rekabet Yasağı, s. 440-441.

⁶³³ Süzek, İş Hukuku, s. 361; Süzek, Rekabet Etmeme Borcu, s. 466.

⁶³⁴ Baskan, s. 123-124.

sebeplere şeklinde bir düzenleme içerdiğinden ve söz konusu haller de işverenden kaynaklanmakta olduğundan, bu nedenlerle iş sözleşmesi işçi tarafından feshedilirse rekabet yasağı sözleşmesi yürürlüğe girmelidir⁶³⁵.

İş sözleşmesini deneme süresi içinde fesheden işçinin rekabet yasağı sözleşmesi ile bağlı olup olmaması gerektiği de tartışmalı bir husustur. Öğretide, işçinin *işverene yüklenebilen bir sebep ile* iş sözleşmesini feshettiğini ispatlayamadığı durumda rekabet yasağı sözleşmesinin yürürlüğe girmesi gerektiği, işçinin işi veya işyeri ortamını uygun bulmayıp salt deneme süresindeki fesih hakkına dayanarak iş sözleşmesini sona erdirmesinin, rekabet yasağını sona erdirecek haklı bir neden olmadığı savunulmaktadır⁶³⁶.

Rekabet yasağı sözleşmesinde işveren karşı edim yüklendiği durumlarda, iş sözleşmesi TBK m. 447'nin 2. fıkrasına uygun olarak işçi tarafından feshedilmiş ve rekabet yasağı sözleşmesi yürürlükten kalkmış olsa bile, işçinin seçimlik hakkının bulunduğu ve dilerse rekabet yasağı sözleşmesi ile bağlı kalmayı tercih ederek işverenden karşı edim talep edebileceği ifade edilmektedir⁶³⁷.

İşçinin, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. Maddesinde düzenlenen, askerlik, evlilik ve emeklilik gibi hallerde iş sözleşmesini sona erdirmesi ve kıdem tazminatına hak kazanması gibi hallerde öğretideki hakim görüş bu durumda rekabet yasağı sözleşmesinin yürürlüğe gireceğidir⁶³⁸. Kanaatimizce de bu görüş yerindedir zira bunlar işverene yüklenebilecek sebepler değildir, tam aksine iş sözleşmesinin fesih nedeni işçinin sahip olduğu bazı sosyal haklardan kaynaklanmaktadır. Yargıtay da evlilik sebebiyle iş sözleşmesini sona erdiren ve kıdem tazminatına hak kazanan bir işçi açısından rekabet yasağı sözleşmesinin sona ermeyeceğine hükmetmiştir⁶³⁹.

⁶³⁵ **Süzek**, Rekabet Etmeme Borcu, s. 466; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 438-440; **Doğan**, s. 184.

⁶³⁶ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 450-451.

⁶³⁷ **Soyer**, s. 108.

⁶³⁸ **Süzek**, İş Hukuku, s. 768-769; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 438.

⁶³⁹ Yargıtay 9. HD, 2009/42645 E., 2012/7697 K., 08.03.2012 T. sayılı kararı: “*Davalı vekili tarafından, davalının işyerinden evlilik nedeniyle sözleşmesini feshederek ayrılmasının söz konusu olması nedeniyle rekabet yasağı sözleşmesinin geçersiz sayılması gerektiği ileri sürülmüştür. BK.nun 352/2. maddesi uyarınca, davacı işverenin rekabet yasağına aykırılık nedeniyle dava açabilmesi için işçinin kusuruna bağlı olarak iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshedilmiş olması gerekir. Uyuşmazlık konusu olay bakımından, davalı işçinin iş sözleşmesini evlilik nedeniyle kıdem tazminatına hak*

C. İşyeri Devrinin Sözleşmeye Etkisi

İş Kanunu m. 6 uyarınca işyeri devrinin rekabet yasağı sözleşmelerinin üzerindeki etkisi, iş sözleşmesinin geçerli olduğu dönem ve iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra rekabet yasağı sözleşmesinin taraflar arasında yürürlükte olduğu dönem bakımından ayrı ayrı incelenmelidir.

1. İş Sözleşmesi Yürürlükte İken İşyeri Devri

İş sözleşmesinin taraflar arasında geçerli olduğu dönemde işyeri devri gerçekleşirse, İş Kanunu m. 6’da yer alan “*İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.*” düzenlemesi doğrultusunda devreden işveren ve işçiler arasında yürürlükte olan iş sözleşmeleri aynı şart ve koşullar altında devralan işveren ile işçiler arasında yürürlükte kalmaya devam eder. Aynı yönde bir hüküm TBK m. 428’ de “*İşyerinin tamamı veya bir bölümü hukuki bir işlemle başkasına devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan hizmet sözleşmeleri, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.*” olarak da mevcut bulunmaktadır. Bu itibarla gerek İş Kanunu gerekse de TBK işyeri devri konusunda aynı ilkeyi benimsemektedir⁶⁴⁰. Öğretide, bu hükümlerin lafzından işyeri devri halinde iş sözleşmesinin ‘bütün hak ve borçlarıyla birlikte’ devralana geçeceği açıkça ifade edildiğinden, rekabet yasağı sözleşmesinin de devralan işveren ile rekabet yasağı ile bağlı olan işçi arasında aynı şekilde varlığını sürdüreceği belirtilmektedir⁶⁴¹. Bu görüşü savunan yazarlar, rekabet yasağı sözleşmesinin işverenin kişiliğiyle ilgisi olmadığı, işletmenin ekonomik değerlerinin (iş sırlarının ve müşteri çevresinin) korunmasıyla ilişkili olduğunu ve bu nedenle işyeri devri halinde işverenin değişmesinin rekabet yasağı sözleşmesi üzerinde

kazandıran bir şekilde sona erdirmesi söz konusudur. Ancak bu fesih hali BK’nun 352/2 de sayılan ve rekabet yasağına aykırılıktan dolayı dava açılmasına engel olan iki fesih sebebinden hiçbirisi olmadığından, davalı vekilinin bu yöndeki itirazlarının yerinde olmadığı anlaşılmıştır.”.

⁶⁴⁰ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 384.

⁶⁴¹ Soyer, s. 95-96, Süzek, İş Hukuku, s. 361; Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 555; Taşkent/Kabakçı, s. 42-43; Ertan, Rekabet Yasağı, s. 384-385; Doğan, s. 192.

herhangi bir etkisi olmaması gerektiği belirtilmektedir⁶⁴². Yargıtay kararları da işyeri devri halinde rekabet yasağı sözleşmesinin kural olarak devralan işveren ile işçi arasında devam edeceği yönündedir⁶⁴³.

2. İş Sözleşmesi Sona Erdikten Sonra İşyeri Devri

İş sözleşmesinin sona ermesinden sonra, rekabet yasağı sözleşmesinin yürürlükte olduğu dönemde işyerinin devredilmesi halinde, devrin rekabet yasağı üzerindeki etkisi tartışmalıdır. Bazı yazarlar bu durumda rekabet yasağının sona ereceğini savunmaktadır⁶⁴⁴. Zira İş Kanunu m. 6'da ve TBK m. 428'de "*devir tarihinde*" mevcut olan iş sözleşmeleri/hizmet sözleşmelerinin devralan işverene geçeceği ifade edilmiş olduğundan, bu düzenlemeden hareketle işyeri devir tarihinden önce feshedilen iş sözleşmelerinin devralan yeni işverene geçemeyeceği şeklinde bir sonuca varmak mümkündür⁶⁴⁵.

Öğretide çoğunluktaki görüşü temsil eden diğer yazarlara göre rekabet yasağı sözleşmesi devralan işveren ile ilgili işçi arasında geçerli bir şekilde kalmaya devam etmelidir⁶⁴⁶. Zira devralan yeni işverenin rekabet yasağının sürdürülmesinde önemli bir ekonomik yararı vardır ve buna karşın işyerinin devri halinde işçinin rekabetten kaçınmasını haklı gösterebilecek bir gerekçe bulunmamaktadır⁶⁴⁷. Dolayısıyla menfaatler dengesi gözetildiğinde rekabet yasağı sözleşmesinin devam etmesi gerektiği savunulmaktadır⁶⁴⁸. Bununla beraber, her ne kadar bu durumda rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli kalması gerektiği savunulsa da, işçinin rekabet yasağı

⁶⁴² **Süzek**, İş Hukuku, s. 361; **Taşkent/Kabakçı**, s. 42-43; **Doğan**, s. 192.

⁶⁴³ Yargıtay 7. HD., 2013/2542 E., 2013/5823 K., 08.04.2013 T. sayılı kararı: "*İşçi ve işveren arasında rekabet yasağını öngören düzenleme, işyeri devri halinde de kural olarak geçerliliğini sürdürür.*"; aynı yönde bkz. Yargıtay 9. HD., 2009/26954 E. , 2009/36971 K. , 24.12.2009 T.; Yargıtay 9. HD., 2012/24556 E. , 2014/23283 K., 03.07.2014 T.

⁶⁴⁴ **Soyer**, s. 96; **Taşkent/Kabakçı**, s. 43, dn. 144'ten naklen alınan Alman Federal Mahkemesi kararına göre iş sözleşmesinin işyeri devrinden önceki bir tarihte feshedilmiş olduğu durumda, eski işçinin devreden işverenle imzaladığı rekabet yasağı sözleşmesi çerçevesinde devralan işverene karşı rekabet etmeme borcundan söz edilemeyeceği belirtilmektedir. (BAG, 03.05.1993, NZA 1994, 1033 (Hunold, 623))

⁶⁴⁵ **Taşkent/Kabakçı**, s. 43; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 392-393.

⁶⁴⁶ **Soyer**, s. 96; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 555; **Süzek**, İş Hukuku, s. 361; **Doğan**, s. 194.

⁶⁴⁷ **Süzek**, İş Hukuku, s. 361; **Süzek**, Rekabet Etmeme Borcu, s. 466-467.

⁶⁴⁸ **Süzek**, İş Hukuku, s. 361; **Süzek**, Rekabet Etmeme Borcu, s. 466-467.

borcunun kapsamının genişletilemeyeceği ve yasağın devreden işverenin faaliyet alanı ile sınırlı bir şekilde uygulanması gerektiği de ifade edilmektedir⁶⁴⁹. Biz de çoğunluktaki görüşe katılarak, rekabet yasağı sözleşmesinin işverenin kişisel menfaatinin değil de işletmenin korunması amacıyla getirildiğini ve iş sözleşmesinin devamı niteliğinde olmasa da iş sözleşmesi ile sıkı sıkıya bağlı bir sözleşme olduğunu gözeterek, işyerinin devri halinde rekabet yasağı sözleşmesinin işçinin rekabet etmeme borcunu genişletmeyecek şekilde ayakta kalması gerektiği görüşündeyiz. Elbette, bu durumda devralan işverenin, rekabet yasağı ile korunan iş sırlarını ve müşteri çevresini kullanan bir ticari faaliyet sürdürmesi de gerekmektedir. Aksi halde devralan işverenin, rekabet yasağı ile ilgili korunan bir menfaati bulunmayacaktır ve rekabet yasağı sözleşmesi de TBK m. 447/1 uyarınca sona ermelidir⁶⁵⁰.

D. Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Halinde (TTK m. 178) İşçinin İtirazının Etkisi

Ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi halinde iş sözleşmelerinin ve dolayısıyla rekabet yasağı sözleşmesinin bundan nasıl etkileneceği ayrıca incelenmesi gereken bir husustur.

TTK'da birleşme, bölünme ve tür değiştirme hallerinde işçileri koruyucu özel hükümler öngörülmektedir. Birleşme halinde işçilerin korunması konusunda TTK m. 158'in 4. fıkrasında "*İş ilişkileri hakkında 178 inci madde hükmü uygulanır.*" denilmekle TTK m. 178'e atıf yapılmaktadır. Yine benzer şekilde, tür değişikliği halinde işçilerin korunması konusunda da TTK m. 190'da "*Ortakların kişisel sorumlulukları hakkında 158 inci ve iş sözleşmelerinden doğan borçlar hakkında 178 inci madde uygulanır.*" denilmektedir. Bu itibarla TTK m. 178, her türlü birleşme,

⁶⁴⁹ **Soyer**, s. 96; **Süzek**, İş Hukuku, s. 361; **Süzek**, Rekabet Etmeme Borcu, s. 467; **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 387-388.

⁶⁵⁰ Aynı yönde bkz. Yargıtay 9. HD., 2009/26954 E. , 2009/36971 K. , 24.12.2009 T. sayılı kararı "*...Devralan işverenin başka bir amaca yönelmesi ve faaliyet alanını değiştirmesi halinde ise rekabet yasağı sona erer...*"

bölünme veya tür değişikliği işleminin, iş ilişkileri bakımından sonuçlarını düzenleyen temel hükümdür.⁶⁵¹

TTK m. 178'in 1. fıkrası uyarınca “*Tam veya kısmi bölünmede, işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer*”. Dolayısıyla işyeri devri halinde, İş Kanunu m. 6 uyarınca işçiye devre karşı bir itirazda bulunma hakkı tanınmamışken, işçi TTK m. 178'e göre birleşme, bölünme veya tür değişikliğine itiraz edebilmektedir. Öğretide, TTK m. 178'de yer alan itiraz hakkı sayesinde işçinin istemediği işveren ile çalışmama özgürlüğünün korunduğu, itiraz hakkının kullanılması vasıtasıyla şirketlerin birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerinin durmadığı ancak iş akdinin yeni işverene devrinin işçinin onayına bağlı bir işleme dönüştüğü belirtilmektedir⁶⁵².

Birleşme, bölünme ve tür değiştirme halinde işçinin TTK m. 178 doğrultusunda itiraz hakkını kullanmaması halinde, iş sözleşmesini “*tüm hak ve borçlarıyla*” devralan işveren ile işçi arasında, iş sözleşmesine bağlı olan rekabet yasağı sözleşmesinin de geçerli bir şekilde devam edeceği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır⁶⁵³.

TTK m. 178'in 2. fıkrasında işçinin itiraz hakkını kullanması halinde bunun etkisi ve sonucunun ne olacağı şöyle düzenlenmiştir: “*İşçi itiraz ederse, hizmet sözleşmesi kanuni işten çıkarma süresinin sonunda sona erer; devralan ve işçi o tarihe kadar sözleşmeyi yerine getirmekle yükümlüdür*”. Başka bir deyişle, işçinin birleşme, bölünme veya tür değişikliğine itiraz etmesi halinde iş sözleşmesi sona ermektedir⁶⁵⁴. Ancak, işçinin bu bağlamda itiraz hakkını kullanmasıyla beraber rekabet yasağı sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı belirsizdir.

⁶⁵¹ **ALP, Mustafa**, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190), Çalışma ve Toplum 32, 2012/1, s. 54.

⁶⁵² **SÜZEK, Sarper**, İşyerinin Devri Ve Hukuki Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013, s. 327 (Anılış: **Süzek**, İşyeri Devri); **AKKAŞOĞLU, Seyma**, Şirketlerde Birleşme, Bölünme veya Tür Değiştirmenin İş Sözleşmelerine Etkisi, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ağustos 2017, s. 147.

⁶⁵³ **Ertan**, Rekabet Yasağı, s. 384; **Akkaşoğlu**, s. 132.

⁶⁵⁴ **Alp**, s. 55-56; **Akkaşoğlu**, s. 154-155.

İşçinin TTK m. 178 uyarınca itiraz hakkının mahiyeti ve iş sözleşmesinin ne şekilde sona erdiği tartışma yaratan bir husustur. İşçinin itiraz hakkını bozucu yenilik doğuran bir hak olarak kabul etmek gerekir⁶⁵⁵. Bu bağlamda, işçinin itirazı fesih benzeri bir hukuki işlem olarak değerlendirilebilir⁶⁵⁶. Öğretide, işçinin itirazının kaynağında devralan işverenle çalışmayı istememek olduğu ve işverenin işletmesel kararı sonucunda şirket birleşme, bölünme veya tür değişikliği işlemini gerçekleştirdiğinden, işçinin devre itiraz hakkını kullanmasına neden olan işveren olduğu belirtilmektedir⁶⁵⁷. Dolayısıyla, iş sözleşmesinin işçinin devre itirazı üzerine kanun gereği son bulması, iş sözleşmesinin işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshi gibi değerlendirilerek rekabet yasağının ortadan kalktığı kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁶⁵⁸. İşçinin itirazı üzerine iş sözleşmesinin son bulması ile beraber kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı da öğretide tartışma yaratan bir husustur. Zira bu hususta, 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinde bir düzenleme bulunmadığından bir yasa boşluğu bulunmaktadır. Bazı yazarlar, devre itirazın işçinin haklı nedenle derhal feshi gibi değerlendirilmesi ve işçinin kıdem tazminatına hak kazanması gerektiğini savunmaktadır⁶⁵⁹. Aynı görüşte olan başka bir yazar, TTK m. 178’de kıdem tazminatı konusunda bir düzenlemenin yer almamasını kanunkoyucu tarafından bilerek (bilinçli) bir susma olarak değerlendirmemekte⁶⁶⁰, kanunkoyucunun amacının işçiye kıdem tazminatı ödenmemesi olmadığını, düzenleme yokluğu nedeniyle kanun boşluğu söz konusu olduğunu savunmakta ve hükmün gerekçesinde yer alan “işçi alacaklarının teminat altına alınması yönünden İş Kanununun 6’ncı maddesinden daha iyi ve toplumsal yönü güçlü bir düzenleme” ifadesinden de yola çıkarak işçilerin hak kaybına uğratılmayarak kıdem tazminatına hak kazanmaları gerektiği ileri sürülmektedir⁶⁶¹. Kanaatimizce, işçinin TTK m. 178 uyarınca itiraz hakkını kullanması üzerine kıdem tazminatına hak

⁶⁵⁵ Akkaşoğlu, s. 147.

⁶⁵⁶ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 388.

⁶⁵⁷ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 388-389; Alp, s. 67.

⁶⁵⁸ Ertan, Rekabet Yasağı, s. 389; Akkaşoğlu, s. 167.

⁶⁵⁹ Alp, s. 67.

⁶⁶⁰ Kanun boşlukları açısından "bilinçli boşluk" ve "bilinçsiz boşluk" kavramlarının detaylı incelemesi için bkz. Oğuzman/Barlas, s. 101.

⁶⁶¹ ÖZKARACA, Ercüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenin Hukuki Sorumluluğu, 1. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 193; Süzek, İşyeri Devri, s. 329.

kazanacağı görüşü benimsendiği takdirde, iş sözleşmesiyle beraber rekabet yasağı sözleşmesinin de sona ereceğine ilişkin görüşün evleviyetle kabul görmesi gerekmektedir. Bununla birlikte işçinin TTK m. 178 uyarınca itiraz hakkını kullanması üzerine kıdem tazminatına hak kazanacağı görüşü kabul görmese bile, bu durumda hâkimin söz konusu kanun boşluğunu doldurarak⁶⁶², iş sözleşmesinin TBK m. 447'nin 2. fıkrası uyarınca "*işverene yüklenebilen bir sebep*" ile feshedildiğinin kabul edilmesi ve bu itibarla rekabet yasağı sözleşmesinin de sona ereceği kabul edilmelidir.



⁶⁶² Kanun boşluğunun doldurulması hakkında bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 114-122.

SONUÇ

Çalışmamızda iş ilişkisinin sona ermesine bağlı olan rekabet yasağı sözleşmeleri ele alınmıştır. Rekabet yasağı sözleşmelerinin Türk hukukundaki ve yabancı ülkelerdeki uygulaması incelenmiştir. Çalışmamız kapsamında Türk hukuk öğretisine ve yargı kararlarına değinilmiş ve ayrıca karşılaştırmalı hukukta yer alan araştırma ve değerlendirmelere de yer verilmiştir. Rekabet yasağı sözleşmeleri hakkında yabancı ülkelerdeki araştırma ve çalışmaların ülkemizdekinden daha zengin ve somut veriye dayalı olduğunu belirtmek gerekir. Ülkemizde rekabet yasağı sözleşmelerine ilişkin hukuk ve ekonomi politikalarının geliştirilmesi için de hukukçuların, ekonomistlerin ve istatistikçilerin bu konuda araştırmalar yürütmesine ve somut veriler toplamasına ihtiyaç duyulmaktadır.

Rekabet yasağı sözleşmelerinin, işletmelere ait gayri-maddi unsurların korunması açısından önemli bir rolü olduğu yönünde herhangi bir kuşku bulunmamaktadır. Dolayısıyla, işçilerle rekabet yasağı sözleşmelerinin yapılmasında işverenlerin haklı bir menfaati mevcuttur. Bununla beraber rekabet yasağının, hem işçinin bireysel menfaatleri üzerinde hem de toplumun ekonomik menfaatleri üzerinde yarattığı olumsuz etkiler göz ardı edilmemelidir. Rekabet yasağı ile bağlı kılınan işçinin anayasal çalışma ve sözleşme özgürlüğü rekabet yasağı süresince sekteye uğramaktadır. Rekabet yasağı sözleşmelerinin toplumsal anlamda etkilerine baktığımızda da işçilerin gerçek piyasa değerinden daha düşük ücretlerle çalışmalarına sebep olduğu, girişimciliği engellediği, başka işletmelerin gelişmemesine yol açtığı, ekonomik büyümeyi azalttığı ve inovasyonların önünde engel teşkil ettiği yönünde araştırmalar bulunmaktadır. Dolayısıyla, rekabet yasağı sözleşmelerinin sınırsız bir özgürlük çerçevesinde yapılması kesinlikle kabul görmemektedir. Kanun koyucunun rekabet yasağı sözleşmelerine kanun yoluyla müdahale ederek rekabet yasağı uygulamasını sınırlaması ve kontrol altında tutması gerekmektedir.

Rekabet yasağı sözleşmelerinin veya kayıtlarının uygulamada işçilere dayatma şeklinde sunulduğu, işverenlerin stratejik bir şekilde müzakere ederek işçinin iradesini sakatladığı, işçilerin ekonomik bağımlılığı ve işveren karşısındaki bariz zayıflığı karşısında zaten yeterli müzakere gücü olmayan işçinin daha da mağdur bir hale düştüğü gözlemlenmektedir. Özellikle rekabet yasağı sözleşmesinin mahkemenin sonradan (*ex-post*) denetimine tabi olması işçiler açısından büyük bir belirsizlik ve caydırıcı etki yaratmaktadır. Bu nedenle, rekabet yasağı sözleşmeleriyle ilgili yürürlükte olan TBK m. 444 ila 447 hükümleri ile getirilen geçerlilik şartları ve sınırlamaların işçinin bireysel menfaatlerini korumada ne kadar yeterli olduğu konusunda ciddi şüphelerimiz bulunmaktadır.

Mevcut TBK hükümleri, kendi içindeki (yer, süre ve konu bakımından) sınırlama ve işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı bir şekilde tehlikeye düşmesini önleme amacıyla çelişkili olarak, işverenlerin genel geçer ve tamamen şeklen geçerli olabilecek rekabet yasağı kayıtları üretmesine izin vermektedir. Zira yer, süre ve konu bakımından sınırlamaların aşırı olmasının yaptırımı, mahkemenin sonradan (*ex-post*) denetimi sırasında bunların daraltılarak geçerli hale getirilmesidir. Söz konusu uygulama işveren açısından hiçbir yaptırım içermemektedir ve rekabet yasağı sözleşmelerinin kapsamının, işverenin menfaatini koruma amacını aşacak şekilde kararlaştırılmasına izin vermektedir. Bu durum, rekabet yasağının yürürlükte olduğu sürede, işçiler açısından da belirsizlik ve caydırıcılık yaratmaktadır. Esasen, işverenin korunması gereken haklı bir menfaati olmamasına rağmen tecrübeli oldukları alanlarda çalışamamalarına yol açmaktadır.

Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde durumu ele aldığımızda rekabet yasağı sözleşmesinin, tek taraflı olarak yalnızca işverenin menfaatlerini koruyan bir sözleşme olması, işçinin anayasal çalışma özgürlüğünü sınırlandırması, işçi ve işveren arasındaki bariz güç dengesizliği sebebiyle taraflar arasında gerçek bir sözleşme müzakeresi bulunmaması gibi gerçekler de dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla, işçinin iradi olarak hiçbir karşılık beklemeden rekabet yasağı sözleşmesi ile bağlı olmayı kabul etmesi mantıken kabul edilemez bir durumdur.

Açıklanan bu gerekçeler ve sorunlar ışığında Türk hukukunda da işçi ile işverenin menfaatleri arasında bir denge sağlanması adına rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği için bir karşı edim sağlanmasının yasal bir zorunluluk olması gerektiği kanaatindeyiz. İşverenlerin rekabet yasağı sözleşmesi yapabilmeleri için karşı edim üstlenmeleri zorunlu olduğunda, işverenler de rekabet yasağı sözleşmesi kararlaştırırken daha temkinli olacaktır. Böylece hem rekabet yasağı sözleşmelerinin sayısı hem de bundan kaynaklı uyuşmazlıkların ve mahkemeler nezdindeki yük de azalacaktır. Ayrıca karşı edim tutarı rekabet yasağının süresiyle bağlantılı olduğundan, rekabet yasağı süresinin de tarafların menfaatlerinin korunması açısından ideal seviyede olması sağlanabilecektir. İşverenin karşı edimi, rekabet yasağı süresince çalışamayan işçinin ekonomik olarak ayakta kalmasını da sağlayacağından işçinin bireysel menfaatlerinin korunmasında daha etkili ve başarılı bir denge unsuru olacaktır.

Bununla beraber, rekabet yasağı süresince işçiye bir karşı edim sağlanmasının işverenin de menfaatine olduğu kanaatindeyiz. Zira karşı edim ödemesi işçinin rekabet yasağı borcunu gereği gibi ifa etmesi ihtimalini de güçlendirecektir. Özellikle rekabet yasağı borcuna aykırı davranılması halinde işçiye ödenen karşı edimin cezai şart olarak geri ödeneceğinin kararlaştırılması da hukuken mümkün olduğundan, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali durumunda işverenin karşı edimi işçiden tahsil etme ihtimali vardır. Dolayısıyla, karşı edim işçi açısından hem rekabet yasağı sözleşmesine uygun hareket etmesini sağlayan bir ödül niteliğindedir hem de sözleşmeye aykırı hareket etmesi halinde cezai şart olarak işverence geri alınabileceğinden caydırıcı bir araçtır.

TBK'nın mevcut düzenlemesinde, işçinin rekabet yasağına aykırılığı ceza koşuluna bağlanabilmektedir. Ceza tutarının fahiş olması halinde ise TBK m. m. 182'nin 3. fıkrası uyarınca mahkemenin sonradan (*ex-post*) denetimiyle ceza koşulu indirilebilecektir. Ancak bu durum işçi açısından bir belirsizlik oluşmakta ve işçi üzerinde ihtiyaç duyulandan daha büyük bir caydırıcı etki oluşmasına yol açmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta dikkat çeken bir husus, işçinin ödemekle yükümlü olduğu ceza koşulu tutarının sınırlandırması yöntemidir. Kanaatimizce Türk hukukunda da ceza koşulunun kanun yoluyla sınırlandırılması şeklinde bir yöntem, işçinin bireysel menfaatlerini korumak açısından faydalı olacaktır. Öte yandan ceza koşulunun,

teminat ve caydırıcılık işlevleri ile işverenin kullanabileceği etkili bir sözleşme aracı olduğunu da unutmamak gerekir. Dolayısıyla, işverenin ceza koşuluna getirilecek olan tavanı, işçiye ödeyeceği karşı edime endeksli olarak artırabilmesi mümkün olmalıdır.

Toplumsal menfaatlerin korunması açısından, rekabet yasağı sözleşmelerinin her türlü çalışana eşit şekilde uygulanması yanlış bir kuraldır. Karşılaştırmalı hukukta, mavi yakalı çalışanlar ile beyaz yakalı çalışanlar arasında ayırım yapılarak, mavi yakalılar açısından rekabet yasağı sözleşmesinin daha fazla sınırlandırıldığı da görülmektedir. Ancak mavi yakalı-beyaz yakalı şeklindeki klasik ayırımın da ötesine geçilerek, beyaz yakalı çalışanlar arasında da ayrı bir sınıflandırma yapılması gerekmektedir. Rekabet yasağı sözleşmelerinin, yaratıcılık gerektiren ve inovasyonların gelişmesini sağlayan meslekler açısından (misal mühendislik) daha sınırlı bir şekilde uygulanması, buna karşın mevcut bilgiye bir katkısı olmayan ancak bunları kullanan/işleyen meslekler açısından (misal bankacılar) daha yaygın bir şekilde kullanılması etkili bir politikadır. TBK'da rekabet yasağına tabi işçilerin, çalıştıkları sektörler, meslekler ve işletmede sahip oldukları pozisyonlar açısından objektif bir sınıflandırma yapılmaması bir eksikliktir. Bununla beraber, ticari sırlar ile müşteri çevresine ilişkin bilgilerin korunması açısından da objektif bir farklılık öngörülmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Zira müşteri çevresini oluşturmak veya bunu koruma altına almak, ticari sır ve teknik bilgilerin oluşturulması ve koruma altına alınmasına kıyasen daha kolaydır. Bu nedenle rekabet yasağının kapsamının müşteri çevresinin korunması açısından daha fazla sınırlı tutulması gerekir.

Rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda TTK m. 4 ve 5 uyarınca asliye ticaret mahkemeleri görevli olacaktır. Olması gereken hukuk açısından değerlendirdiğimizde ise mevzuatta değişiklik yapılarak bu konuda iş mahkemelerinin görevli kılınması gerektiği kanaatindeyiz. Zira söz konusu uyuşmazlık özü itibarı ile işveren ve işçi arasındaki iş ilişkisi ile doğrudan ilintili bir konudur ve buna ilişkin uyuşmazlıkların ihtisas sahibi iş mahkemelerince görülmesi gerekmektedir. Mevcut düzenlemede, söz konusu uyuşmazlıklar birer ticari dava olduğundan, rekabet yasağı sözleşmelerine ilişkin konusu para olan ticari davalarda TTK m. 5/A uyarınca arabulucuya başvurulması zorunlu bir dava şartıdır.

İş akdinin, işveren tarafından İş Kanunu m. 25 uyarınca haklı nedenle feshi veya m. 18 uyarınca işçinin yetersizliği ve olumsuz davranışlarına bağlı olarak geçerli sebeple feshi halinde, rekabet yasağı sözleşmesi ayakta kalmaya devam eder. İş sözleşmesinin işçi tarafından İş Kanunu m. 24 veya TBK m. 435 uyarınca haklı nedenle feshedildiği hallerde ise rekabet yasağı sözleşmesi sona erecektir. İş Kanunu m. 6 uyarınca işyeri devri gerçekleşmesi halinde, rekabet yasağı sözleşmesi devralan işveren ile işçi arasında yürürlükte kalmalıdır. Buna karşın, TTK uyarınca birleşme, bölünme ve tür değiştirme hallerinde, işçinin TTK m. 178 uyarınca itiraz hakkını kullanması halinde rekabet yasağı sözleşmesinin sona ereceği kabul edilmelidir.



KAYNAKÇA

AKKAŞOĞLU, Şeyma: “ Şirketlerde Birleşme, Bölünme veya Tür Değiştirmenin İş Sözleşmelerine Etkisi”, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ağustos 2017

ALP, Mustafa: “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190)”, Çalışma ve Toplum 32, 2012/1, s. 51–73

(Erişim: <http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423873939.pdf>)

ALTAY, Sabah: “Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İşçi İle İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 14, Sayı 3, 2008, s. 171-207

(Erişim: <https://hukuk.marmara.edu.tr/yayinlar/fakulte-dergisi/cilt-14-sayi-3-yil-2008/>)

ALTINOK ORMANCI, Pınar: "Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi", 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011

AYBAY, Rona: “Açıklamalı - İnsan Hakları Evrensel Bildirisi”, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 113, TBB İHAUM Dizisi: 7, 1. Baskı, Ankara, Aralık 2006

ARI, Mehmet: "İşçinin Sır Saklama Yükümlülüğü", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 11, S. 115, Mart 2016, s. 58-63

(Erişim: <https://jurix.com.tr/article/5174>)

BASKAN, Ş. Esra: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, Aralık 2012, s. 116-125

(Erişim: <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C2S2makale8.pdf>)

BAŞOĞLU, Başak: "Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi", 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2012

BECKER, Gary S.: “Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education”, The University of Chicago Press, 3rd Edition, Ocak 1994

(Erişim: <https://www.nber.org/books/beck94-1>)

BELENZON, Sharon/ SCHANKERMAN, Mark: “Spreading the Word: Geography, Policy, and Knowledge Spillovers”, Review of Economics and Statistics, 95 (3): 884–903, 2013

(Erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1707892)

BISHARA, Norman: "Covenants Not To Compete in a Knowledge Economy: Balancing Innovation from Employee Mobility Against Legal Protection for Human Capital Investment", Stephen M. Ross School of Business, University of Michigan, Working Paper, No. 1187, Berkeley Journal Of Employment & Labor Law, Vol. 27:2, 2006 (Anılış: Bishara, 2006)

(Erişim: <https://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/handle/2027.42/97553/2013May14NBishara.pdf?sequence=1>)

BISHARA, Norman/ WESTERMANN-BEHAYLO, Michelle: "The Law and Ethics of Restrictions on an Employee’s Post-Employment Mobility", American Business Law Journal, Volume 49, Issue 1, 1–61, 2012 (Anılış: Bishara/ Westermann-Behaylo, 2012)

(Erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2023205)

CONTI, Raffaele: “Do Non-Competition Agreements Lead Firms to Pursue Risky R&D Projects?”, Strategic Management Journal 35 (8): 1230–48, 2014

(Erişim: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/smj.2155>)

ÇAKIR, Aytuğ Ceyhun/ SOLAK, Ekrem: "Rekabet Yasağı Sözleşmesi Çerçevesinde Ceza Koşulu", Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 9, Ocak 2015, s. 55-74

(Erişim: <https://jurix.com.tr/issue/303>)

DOĞAN, Sevil: “İşçinin Rekabet Yasağı - İş Sırrının Korunması”, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, İş Davaları Dizisi Dördüncü Kitap, Ankara, Haziran 2017

EKMEKÇİ, Ömer / ÖZEKES, Muhammet / ATALI, Murat: “ Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk”, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2018

EREN, Fikret: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017 (Anılış: Eren, Borçlar Genel)

EREN, Fikret: “Borçlar Hukuku Özel Hükümler”, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017 (Anılış: Eren, Borçlar Özel)

ERTAN, Emre: “İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı”, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eylül 2012 (Anılış: Ertan, Rekabet Yasağı)

ERTAN, Emre: “Rekabet Yasağı Kaydından Doğan Rekabet Etmeme Borcunun Aynen İfası (TBK m.446/3)”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 13, Sayı 52, 2016, s. 1913-1955 (Anılış: Ertan, Aynen İfa)

ERTÜRK, Şükran: "Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel S., 2013, s.81-118 (Basım Yılı: 2014)

(Erişim:<http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz-15-ozel/1-ishukuku/5-sukranerturk.pdf>)

GARMAISE, Mark: "Ties That Truly Bind: Noncompetition Agreements, Executive Compensation, and Firm Investment", Journal of Law, Economics and Organization, 2011

(Erişim: <http://personal.anderson.ucla.edu/mark.garmaise/noncomp7.pdf>)

GILSON, Ronald J. :" The Legal Infrastructure Of High Technology Industrial Districts: Silicon Valley, Route 128, And Covenants Not To Compete", New York University Law Review, Vol. 74, No. 3, Haziran 1999, s. 575-629

(Erişim:https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1950&context=faculty_scholarship)

GOMULKIEWICZ, Robert W.:" Leaky Covenants-Not-to-Compete as the Legal Infrastructure for Innovation", Davis Law Review, Vol. 49:251, 2015

(Erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2612246##)

GÜLERYÜZ, Tarık: “İş Hukukunun Emredici Yapısı Işığında Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 118, 2015, s. 314-344

(Erişim: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-118-1483>)

GÜLMEZ, Mesut: “Çalışma Özgürlüğü ve Hakkı Açısından Emeğin Evrimi: Ulusal ve Ulusalüstü Hukuksal Boyutlar Üzerine Düşünceler”, Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI Bildirgeler, Petrol-İş Yayını:119, İstanbul, 2014, s. 63-128

(Erişim: <http://www.sosyalhaklar.net/2014/bildiriler/gulmez.pdf>)

GÜRBÜZ USLUEL, Aslı : "Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması", 1. Bası, Vedat Kitapçılık İstanbul 2009

KARAGÖZ, Veli: “İş Sözleşmesinde Cezai Şart”, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006 (Anılış: Karagöz, İş Sözleşmesinde Cezai Şart)

KARAGÖZ, Veli: “Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Cezai Şart (Karar İncelemesi)”, EÜHFD, C. XIII, S. 1–2, 2009, s. 193-216

(Erişim: http://hukukdergi.erzincan.edu.tr/wp-content/uploads/2015/10/2009-XIII_1-8.pdf)

KAYA, Pir Ali / ERTUĞRUL YILMAZER Işın Ulaş: “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Çalışma Hakkı”, Sosyal Siyaset Konferansları, Sayı: 70, 2016/1, s. 55-80

(Erişim: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/432546>)

KOÇYİĞİT, İlker / BULUR, Alper: “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk”, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Birinci Baskı, Mart 2019

KUNT, Püren: "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 3, Mayıs 2012, s. 235-253.

(Erişim: <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/yayinlar/dergi/doc/9.pdf>)

KURU, Baki: "İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku", Legal Yayınevi, 1. Baskı, Eylül, 2016 (Anılış: Kuru, İcra ve İflas)

KURU, Baki: "İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku", Legal Yayınevi, 1. Baskı, Ağustos, 2016 (Anılış: Kuru, Medeni Usul)

MANAV, Eda: "İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", TAAD, Cilt:2, Yıl:2, Sayı:4, 20 Ocak 2011, s. 101-134 (Anılış: Manav, Rekabet Etmeme Borcu)

(Erişim: <http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423934973.pdf>)

MANAV, Eda: “İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 87, 2010, s. 322-364 (Anılış: Manav, Geçerlilik Koşulları)

(Erişim: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-87-613>)

MARX, Matt/ SINGH, Jasjit/ FLEMING, Lee: “Regional Disadvantage? Employee Non-Compete Agreements and Brain Drain”, Research Policy 44 (2): 394–404, 2015

(Erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1654719)

MARX, Matt/ STRUMSKY, Deborah / FLEMING, Lee: “Mobility, Skills, and the Michigan Non-Compete Experiment.” Management Science 55 (6): 875–89, 2009

(Erişim: https://www.researchgate.net/publication/220534518_Mobility_Skills_and_the_Michigan_Non-Compete_Experiment)

MARX, Matt: " Reforming Non-Competes to Support Workers", The Hamilton Project, Policy Proposals, Şubat 2018 (Anılış: Marx, 2018)

(Erişim:https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2018/02/es_2272018_reforming_noncompetes_support_workers_marx_policy_proposal.pdf)

MARX, Matt: "The Firm Strikes Back: Non-compete Agreements and the Mobility of the Technical Professionals", American Sociological Review, 76 (5): 695–712, 2011 (Anılış: Marx, 2011)

(Erişim: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0003122411414822>)

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin: "İş Hukuku", 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012

NAZLI, Seçkin: "Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemelerinin İş Hukukuna Etkileri", Seçkin Yayınevi, Ankara, Ekim 2015

O'NEILL, Kate : "Should I Stay or Should I Go? — Covenants Not to Compete in a Down Economy: A Proposal for Better Advocacy and Better Judicial Opinions", Hastings Business Law Journal, Vol.6.1. 2009

(Erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1687252)

OĞUZMAN, M. Kemal/ BARLAS, Nami: "Medeni Hukuk", 22 Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016

ÖZDEMİR, Erdem: "İş Hukukunda Cezai Şart", AÜEHFD, C. IX, S. 3-4, 2005

(Erişim:<http://hukukdergi.erzincan.edu.tr/is-hukukunda-cezai-sart-yrd-doc-dr-erdem-ozdemir/>)

ÖZKARACA, Ercüment: "İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenin Hukuki Sorumluluğu", 1. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2008

PEKCANITEZ, Hakan/ ÖZEKES, Muhammet/ AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya: "Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, Cilt I-II-III, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mart 2017 (Anılış: Pekcanitez Usul)

SAMILA, Sampsa/ SORENSON, Olav: "Noncompete Covenants: Incentives to Innovate or Impediments to Growth", Management Science, 57 (3): 425–38, 2011

(Erişim: https://www.jstor.org/stable/41060682?seq=1#metadata_info_tab_contents)

SAYHAN, İsmet: "Rekabet Kavramı ve Haksız Rekabet, Rekabet Yasağı ve Rekabetin Korunması Müesseselerinin Hukuki Temeli",Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, Aralık 2013, s. 101-115

(Erişim: <https://jurix.com.tr/article/4272>)

SEROZAN, Rona: "Sözleşmeden Dönme", 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007
SOYER, Polat: "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 53, Ankara 1994

STARR, Evan/ BALASUBRAMANIAN, Natarajan / SAKAKIBARA, Mariko: "Screening Spinouts? How Noncompete Enforceability Affects the Creation, Growth, and Survival of New Firms." Management Science, Ocak 2017 (Anılış: Starr/ Balasubramanian/ Sakakibara, 2017)

(Eriřim:https://www.researchgate.net/publication/312365714_Screening_Spinouts_How_Noncompete_Enforceability_Affects_the_Creation_Growth_and_Survival_of_New_Firms)

STARR, Evan/ PRESCOTT, JJ/ BISHARA, Norman: "Noncompetes in the U.S. Labor Force", U of Michigan Law & Econ Research Paper No. 18-013, Nisan 2019 (Anılış: Starr/ Prescott/ Bishara, 2019)

(Erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2625714)

STARR, Evan: "Consider This: Firm-Sponsored Training and the Enforceability of Covenants Not to Compete", University of Maryland Robert H. Smith School of Business Department of Management and Organization, Working paper, Mayıs 2018 (Anılış: Starr, 2018)

(Erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2556669)

SULU, Muhammed: "Ticari Sırların Korunması", 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2016 (Anılış: Sulu, Ticari Sırların Korunması)

SULU, Muhammed: "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 2, s. 575-600, 2016 (Anılış: Sulu, Rekabet Yasağı)

(Eriřim:http://dspace.marmara.edu.tr/bitstream/handle/11424/5875/Rekabet%20Yasa%20S_zle_meleri%5b%23290687%5d-274365.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

SÜZEK, Sarper: "İş Hukuku", Yenilenmiş 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2018 (Anılış: Süzek, İş Hukuku)

SÜZEK, Sarper: "İşyerinin Devri Ve Hukuki Sonuçları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013, s. 311-330 (Anılış: Süzek, İşyeri Devri)

(Erişim: <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz-15-ozel/1-ishukuku/12-sarpersuzek.pdf>)

SÜZEK, Sarper: "Tip İş Akitlerinin ve İç Yönetmeliklerin Kurulma Koşulları ve Denetimi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, Ocak 2016, s. 459-472 (Anılış: Süzek, Tip İş Akitleri)

(Erişim: <https://jurix.com.tr/article/5517>)

SÜZEK, Sarper: "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan, İÜHFM C. LXXII S. 2, s. 457-468, İstanbul 2014 (Anılış: Süzek, Rekabet Etmeme Borcu)

(Erişim: <https://dergipark.org.tr/download/article-file/97936>)

ŞAHLANAN, Fevzi: "Bir Bedel Karşılığı Öngörülen Rekabet Yasağından İşverenin Vazgeçmesi", Tekstil İşveren Dergisi Nisan 2015, s. 410, s. 1-5

(Erişim: http://www.tekstilisveren.org/images/haberler/docs/EK_HUKUK_410.pdf)

ŞEN, Murat: "İnsan Hakları Bağlamında Çalışma Hakkı", MÜHFD C. II, S. 2, s. 13-37, 2013

(Erişim: <http://www.muratsen.org/wp-content/uploads/insan-haklari-baglaminda-calisma-hakki.pdf>)

ŞİRİN, Tolga: "Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin?", Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikayeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler, Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI Bildirgeler, Petrol-İş Yayını: 119, İstanbul, 2014, s. 341-366

(Erişim: <http://www.sosyalhaklar.net/2014/bildiriler/sirin.pdf>)

TALAS, Cahit: "Çalışma Hakları ve Türkiye'deki Durum", AÜSBFD, Cilt: 46, No:1-2, Ankara, 1991, s. 407-421

(Erişim: <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/ausbf/article/view/5000099167/5000092412>)

TAŞKENT, Savaş / KABAKÇI, Mahmut: "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", SİCİL, Aralık 2009, Y. 4, S. 16; s. 21-46

(Erişim: https://www.mess.org.tr/media/files/6325_0OPP5QIRTJ16.pdf)

TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Filiz Kitabevi, İstanbul 1993

TERCIER, Pierre/ PICHONNAZ, Pascal / DEVELİOĞLU, Murat: "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mart 2016

TUNCAY, A. Can: "Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları (Bir Yargıtay Kararı Üzerine)", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, Ocak 2016, s. 473-498

(Erişim: <https://www.jurix.com.tr/article/5518>)

TÜZÜNER, Özlem: "Hizmet İlişkisinde Rekabet Yasağı Kaydının Yer İtibariyle Sınırlandırılması", Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, Eylül 2012, s. 67-84

(Erişim: <https://jurix.com.tr/article/3867>)

UŞAN, Fatih: "Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)", Sicil, 21, Mart 2011, 116-128

(Erişim: <http://acikerisim.ybu.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/807/D2%20-%20Rekabet%20Yasağı%20Sözleşmesinin%20Taşınması%20Gereken%20Şartlar%200Ve%20Bunun%20Geçerliliği%20Meselesi%2C%20%28Yargıtay%209.%20Hukuk%20Dairesinin%20Bir%20Kararı%20Üzerine%20Değerlendirme%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>)

ÖZGEÇMİŞ

16 Ocak 1987’de İstanbul’da doğan Ozan Kesim, 2006’da Galatrasay Lisesi’nden, 2011’de Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden mezun olmuştur. 2017 yılında Erasmus Rotterdam Üniversitesi ve Hamburg Üniversitesi'nden hukuk ve ekonomi alanında çift yüksek lisans diploması (*joint LL.M. degree in law and economics*) almıştır. 2012 yılından beri İstanbul Barosu'na kayıtlı olarak avukatlık yapmakta ve Esin Avukatlık Ortaklığı'nda çalışmaktadır.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : OZAN KESİM
Tez Başlığı : İş Sözleşmelerinin Sona Ermesine Bağlı Rekabet Yasağı Sözleşmeleri
Savunma Tarihi : 28 / 5 / 2019
Danışmanı : Prof. Dr. E. Murat Engin

JÜRİ ÜYELERİ

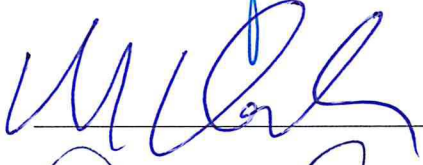
Unvanı, Adı Soyadı

İmza

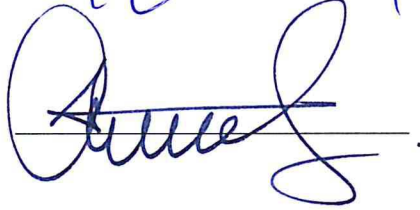
Prof. Dr. E. Murat Engin



Prof. Dr. Mahmut Kabakçı



Dr. Öğr. Üyesi H. Ali Dural



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

